Die Rechtsnatur der Hypothekenklage

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

Hans Rannow

Gerichts-Referendar aus Berlin

Marburg 1930

Druck von Anton Bertinetti, Berlin, N 54

Von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Philipps-Universität zu Marburg als Dissertation angenommen am 23. Mai 1930

*

Referent:
GEH. JUSTIZRAT PROF. DR. F. LEONHARD

R. UNIV. BIBLIOTHEEK LEIDEN

Meinen Eltern

Literaturverzeichnis.

v. Amira: Nordgermanisches Obligationenrecht. Bd. I, 1882, Bd. II, 1895.

v. Amira: Schuld und Haftung.

Best: Das Grundbuch- und Hypothekenrecht. I. Teil: Grundbuchrecht. Gießen 1896.

Biermann: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. III. Buch: Sachenrecht. Berlin 1914.

v. Bleichröder: Die Geltendmachung der Hypothek, Grundschuld und Rentenschuld. Diss. 1914.

Brinz: Lehrbuch der Pandekten. Bd. II. Erlangen 1879.

Cosack: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. II. Jena 1913.

Crome: System des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. III. Tübingen 1905.

Dernburg: Das Bürgerliche Recht. Bd. III: Sachenrecht. 4. Aufl. Halle 1908.

Dümchen: Schuld und Haftung in Jher. Jahrb. Bd. 54, S. 355ff.

Eck: Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Herausg. von R. und F. Leonhard. Bd. II. 1904.

Eckstein: Der rechtliche Charakter des hypothekarischen Anspruchs und der hypothekarischen Klage. In der Zeitschr. für deutschen Zivilprozeß. Bd. 43.

Endemann: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. II. Bd. 1. Abt. Sachenrecht. Berlin 1905.

Enneccerus: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. I. Bd. 1. Abt. Allgemeiner Teil. Marburg 1924.

Förster-Kann: Kommentar der Zivilprozeßordnung. I. Bd. Berlin 1913; II. Bd. Berlin 1926.

Friderichs: Die Klage aus der Grundschuld. Diss. 1919.

Fuchs: Das Grundbuchrecht. 1902.

Fuchs: Das Wesen der Hypothek und der Grundschuld. Pfandrecht oder Realobligation? in JW 1916.

Geib: Rechtsschutzbegehren und Anspruchsbetätigung im deutschen Zivilprozeß. München 1909.

v. Gierke, Otto: Deutsches Privatrecht. Bd. II. Leipzig 1905.

v. Gierke, Julius: Bürgerliches Recht, Sachenrecht. Berlin 1925.

Güthe: Grundbuchordnung für das Deutsche Reich. Bd. II. Berlin 1929.

Hein: Duldung der Zwangsvollstreckung, in den Studien zur Erläuterung des bürgerlichen Rechts. Bd. 34. Breslau 1911.

Hellwig: System des deutschen Zivilprozesses. I. Teil. Leipzig 1912.

Hellwig: Lehrbuch des Zivilprozesses. Leipzig 1907.

Hellwig: Anspruch und Klagrecht. Beiträge zum Bürgerlichen und zum Prozeßrecht. Leipzig 1924.

Hirsch: Die Übertragung der Rechtsausübung. I. Teil. Berlin 1910.

Hübner: Grundzüge des deutschen Privatrechts. Leipzig 1922.

Kleinfeller: Lehrbuch des Zivilprozeßrechts. Berlin 1925.

Künzel: Zum 8. Abschnitt des III. Buchs im zweiten Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich bei Gruchot Bd. 38, 424 ff.

Lange: Die persönlichen Rechte aus dem Pfandverhältnis nach römischem und bürgerlichem Recht. Diss. 1907.
Langheineken: Der Urteilsanspruch. Leipzig. 1899.
Lehmann: Die Unterlassungspflicht im bürgerlichen Recht. München 1906.
Leonhard: Allgemeines Schuldrecht des BGB. I. Bd. München-Leipzig 1929.
Lutz: Wesen und Geltendmachung des sog. hypothekarischen Anspruchs. Diss. 1906.
Männer: Das Sachenrecht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch und der Grundbuchordnung für das Deutsche Reich. München 1906.
Matthiass: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Berlin 1914.
Motive zum Bürgerlichen Gesetzbuch.
v. Meibom: Zum Hypotheken- und Grundschuldrecht des Entwurfs eines BGB., im Archiv für Zivil-Praxis. Bd. 77, 334ff.
Nissen: Die Grundstückspfandklagen zwecks Befriedigung und ihr Kostenpunkt, in JW 1902, S. 437ff.
Nußbaum: Deutsches Hypothekenwesen. Tübingen 1913.
Oberneck: Das Reichsgrundbuchrecht. II. Bd. Berlin 1909.
v. Ohmeyer: Die juristische Natur des Befriedigungsrechts bei Grünhut. Bd. 32.
Planck: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. III. Berlin-Leipz. 1920.
Predari: Die Grundbuchordnung. Berlin 1913.
Protokolle zum Bürgerlichen Gesetzbuch.
Puntschart: Schuld und Haftung im geltenden deutschen Recht, in Zeitschr. für das gesamte Handels- und Konkursrecht von Goldschmidt, Bd. 71, 297.
Puntschart: Schuldvertrag und Treuegelöbnis des sächsischen Rechts im Mittelalter. Leipzig 1896.
Rechtsprechung des Reichsgerichts. Bd. 47 und Bd. 56.
Rechtsprechung des Kammergerichts. Bd. 41.
Rosenberg: Lehrbuch des Zivilprozeßrechts. Berlin 1929.
Salomon: Ziel und Fassung der Grundpfandklage. Diss. Berlin 1913.
Seuffert: Kommentar zur Zivilprozeßordnung. II. Bd. München 1908.
Simeon-David: Recht und Rechtsgang im Deutschen Reich. I. Bd. 1. Hälfte. Berlin 1924.
Sohm: Über Natur und Geschichte der modernen Hypothek bei Grünhut. Zeitschr. für das private und öffentliche Recht. Bd. 5.
v. Schwerin: Schuld und Haftung im geltenden Recht. München 1911.
v. Schwind: Wesen und Inhalt des Pfandrechts. Jena 1899.
Staub: Der Tenor im Pfandprozeß bei Gruchot. Bd. 27, 707ff.
Staudinger: Kommentar zum BGB. III. Bd. 1912.
Stein-Jonas: Kommentar zur Zivilprozeßordnung des Deutschen Reichs. Bd. II. Tübingen 1929.
Stillschweig: Der dingliche Vollstreckungstitel, namentlich bei der Pfändung von Mietzinsforderungne.
v. Tuhr: Der Allgemeine Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts. I. Bd. Leipzig 1910.
Turnau-Förster: Liegenschaftsrecht I. 1906.
Voss: Klagbitte und Urteilsnorm des Grundschuldanspruchs, bei Gruchot. 29. Jahrg. 793ff.
Wolff: Das Sachenrecht. Lehrbuch. Marburg 1927.
Wach: Handbuch des Zivilprozeßrechts I. Leipzig 1885.
Windscheid-Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechts. Bd. I. Frankfurt a.M. 1906.

Inhaltsübersicht.

A. Einleitung.

§ 1. Die Hypothekenklage und die praktische Bedeutung der Frage nach ihrer Rechtsnatur.

B. Die Rechtsnatur der Hypothek.

§ 2. I. Die dingliche Natur des Hypothekenrechts.

§ 3. II. Die Hypothek als Pfand- und Verwertungsrecht.

C. Die wichtigsten Theorien über die Rechtsnatur der Hypothek und ihre Kritik.

§ 4. I. Theorie der Realobligation.

§ 5. II. Theorie der dinglichen Schuld mit beschränkter Haftung (v. Gierke)

§ 6. III. Theorie der Wertteile (Oberneck).

§ 7. IV. Theorie der Rangsäule (Güthe).

D. Rechtsnatur des hypothekarischen Anspruchs.

§ 8. I. Stellung des hypothekarischen Befriedigungsrechts innerhalb der verschiedenen Rechtskategorien.

§ 9. II. Der hypothekarische Anspruch als Gestaltungsrecht besonderer Art.

E. Rechtsnatur der Hypothekenklage.

§ 10. Arten der Klagen. Die Hypothekenklage ist Gestaltungsklage.

F. Die praktischen Folgerungen.

§ 11. I. Wortlaut des Klagantrags und des Urteilstenors.

§ 12. II. Die Kostenfrage.

A. Einleitung.

§ 1. Die Hypothekenklage und die praktische Bedeutung der Frage nach ihrer Rechtsnatur.

Bei der Geltendmachung der Hypothek ist der persönliche und der hypothekarische Anspruch des Hypothekengläubigers streng auseinanderzuhalten. Ersterer entspringt dem der Hypothekenbestellung zugrundeliegenden obligatorischen Rechtsverhältnis und richtet sich gegen den persönlichen Hypothekenschuldner, letzterer basiert auf dem reinen Hypothekenrecht und richtet sich gegen den jeweiligen Eigentümer des belasteten Grundstücks. In der Regel sind Grundstückseigentümer und persönlicher Schuldner identisch. Hier bleibt dem Gläubiger die Wahl, welchen von beiden Ansprüchen er geltend machen will. Er kann auch beide verbinden[1]) und wird dies aus Zweckmäßigkeitsgründen stets tun.

Anders jedoch, wenn Grundstückseigentümer und persönlicher Schuldner nicht in einer Person zusammentreffen. Dies ist z. B. der Fall, wenn der Eigentümer von vornherein die Hypothek für die Forderung eines Dritten an seinem Grundstück bestellte oder aber wenn nach Bestellung der Hypothek ein Eigentumswechsel an dem Grundstück stattfand, ohne daß der neue Eigentümer die persönliche Schuld mitübernahm. Hier kann der Hypothekengläubiger gegen den Grundstückseigentümer stets nur mit der reinen Hypothekenklage vorgehen und nur diese ist gemeint, wenn im folgenden die Frage nach der Rechtsnatur der Hypothekenklage aufgeworfen wird.

Die reine Hypothekenklage findet ihre rechtliche Grundlage in dem § 1113 BGB., welcher die Hypothek, wie folgt, definiert:

„Ein Grundstück kann in der Weise belastet werden, daß an denjenigen, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt,

[1]) 26 ZPO.

eine bestimmte Geldsumme zur Befriedigung wegen einer ihm zustehenden Forderung aus dem Grundstück zu zahlen ist (Hypothek)."

Aus dieser farblosen Definition ist nichts zu entnehmen, was auf die Art des zu erhebenden Anspruchs und mithin auf die Natur der Hypothekenklage schließen läßt. Es erhellt weder, ob es sich bei der Hypothekenklage um eine obligatorische oder dingliche Klage handelt, noch, ob in ihr eine Leistungs-, Feststellungs- oder gar eine Gestaltungsklage zu erblicken ist. In dieses Dunkel bringt auch die Bestimmung des § 1147 kein Licht, welche besagt, daß

„die Befriedigung des Gläubigers aus dem Grundstück und den Gegenständen, auf die sich die Hypothek erstreckt", „im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgt".

Die Frage nach der Rechtsnatur der zu erhebenden Klage erlangt ihre praktische Bedeutung für die Formulierung sowohl des Klagantrags als auch des Urteilstenors. Wenn in der Literatur vielfach behauptet wird, daß der Frage nach der Formulierung des Urteils kein praktischer Wert beizumessen sei, sondern daß sie nur theoretisch interessiere[1]), so ist dem zu widersprechen. Ein unrichtiger Tenor spricht dem Kläger ein Recht zu, dessen Inhalt dem eingeklagten Recht nicht entspricht, legt dem Beklagten Verpflichtungen auf, die ihm in der Tat nicht obliegen. Das ist rechtlich unstatthaft[2]).

Über die Rechtsnatur der Hypothekenklage und damit auch über die Formulierung des zu fällenden Urteils herrscht Streit. Dieser konnte nur dadurch entstehen, daß die Verfasser des BGB. bei der Formulierung des Wortlauts des § 1113 absichtlich eine nichtssagende Definition der Hypothek wählten, um der Frage nach der rechtlichen Konstruktion des Hypothekenrechts nicht vorzugreifen, sondern ihre Klärung der Literatur zu überlassen[3]). Die Frage nach der Rechtsnatur der Hypothekenklage hängt aber, wie aus dem Bisherigen schon zu folgern ist, primär von der Frage

[1]) so Biermann a.a.O. S. 426; Turnau Förster, Liegenschaftsrecht I S 654; Männer, Das Recht an Grundstücken S. 348.
[2]) s. Staub bei Gruch. Bd. 27. S. 707.
[3]) Prot. II. Bd. 3, S. 572.

ab, wie das Wesen der Hypothek rechtlich zu erfassen und welcher Natur der aus diesem Recht entspringende Anspruch ist. Erst die Kenntnis des der Hypothekenklage zugrundeliegenden Rechtsverhältnisses ermöglicht die Feststellung des mit der Klage erstrebten Endziels und damit eine Entscheidung darüber, ob der beklagte Grundstückseigentümer zu einer „Leistung", d. h. entweder „zur Zahlung der Hypothekensumme"[1]) oder „zur Duldung der Zwangsvollstreckung"[2]) in das Grundstück zu verurteilen, ob lediglich „festzustellen"[3]) ist, daß der Gläubiger sich aus dem Grundstück befriedigen darf, oder ob mit der Hypothekenklage ein Anspruch auf Rechtsänderung geltend gemacht wird.

Der Streit über die Rechtsnatur der Hypothekenklage hat bis zum heutigen Tage noch zu keinem endgültigen und befriedigenden Ergebnis geführt. Im folgenden soll der Stand des Streits aufgezeigt und die eigene Meinung dazu geäußert werden. Aufgabe der nachfolgenden Arbeit soll daher sein, unter Auseinandersetzung mit den bisher aufgestellten sehr verschiedenen Theorien zunächst Klarheit über die Rechtsnatur der Hypothek zu verschaffen, um daraus Schlüsse auf die Rechtsnatur des hypothekarischen Anspruchs und der Hypothekenklage ziehen, und hieraus wieder Anhaltspunkte für die Formulierung des Klagantrags und des Urteilstenors gewinnen zu können.

[1]) so hauptsächlich die Vertreter der Theorie der Realobligation: Fuchs I zu § 1147; Hellwig, Anspruch und Klagrecht, S. 361, Anm. 50; Lehrbuch des Zivilprozesses, Bd. I, S. 204; außerdem Gierke, Deutsches Privatrecht, S. 854 u. a.

[2]) so die Praxis, unbekümmert um den Streit der Theorien: Planck zu § 1147, 2 b; Oberneck a. a. O., S. 2; RG. Bd. 47, S. 249; Turnau-Förster I, S. 591—92 u. a.

[3]) Dernburg, Bürgerliches Recht III, S. 788.

B. Die Rechtsnatur der Hypothek.

§ 2. I. Die dingliche Natur des Hypothekenrechts.

Bei dem Forschen nach der Rechtsnatur der Hypothek erhebt sich zunächst die Frage, zu welchen beiden Hauptgruppen von Rechten die Hypothek gehört. Ist sie ein Schuld- oder ein Sachenrecht, ist sie mit anderen Worten als ein Anspruch aufzufassen, kraft dessen der Gläubiger gemäß § 241 BGB. berechtigt ist, von dem Schuldner eine Leistung zu fordern, oder ist sie als dingliches Recht, als eine rechtlich geregelte Beziehung des Gläubigers zu dem belasteten Grundstück zu charakterisieren?

Die rein räumliche Stellung der Hypothek im System des BGB weist auf das letztere hin. Die Hypothek ist im dritten Buch, im Sachenrecht geregelt, sie wird in § 1113 BGB. als eine Grundstücksbelastung bezeichnet, auf die infolgedessen die Bestimmungen der §§ 873ff. BGB. über die allgemeinen Vorschriften über Rechte an Grundstücken Anwendung finden, womit ebenfalls zum Ausdruck gebracht wird, daß das Gesetz die Hypothek als ein Sachenrecht behandelt wissen will. Außerdem ist ein weiteres Argument für die Dinglichkeit der Hypothek in der Terminologie des Gesetzes zu finden, welche mit dem Wort „Belastung" stets Rechte an fremder Sache, also beschränkte dingliche Rechte bezeichnet. So verlockend es aber auch erscheint, aus diesen mehr oder minder äußerlichen Kennzeichen schon Schlüsse auf die sachenrechtliche Natur der Hypothek zu ziehen[5]), bedarf es, um diese zweifelsfrei feststellen zu können, noch eines kurzen Eingehens auf das Wesen der dinglichen Rechte. Nur aus diesem heraus ist, wie sich später noch herausstellen wird, das Wesen der Hypothek richtig zu erfassen.

Die dinglichen Rechte werden im Gegensatz zu den obligatorischen Rechten meist als „Rechte an einer Sache", als „unmittelbare Herrschaftsrechte des Berechtigten über die belastete Sache" oder als „Rechte des Habens" gegenüber dem Recht des bloßen „Sollens" definiert. Hierbei wird das sog. „Herrschafts-

[5]) Dies tun Planck, Vorbem. zu § 1113, gestützt auf Mot. III, S. 602, Nußbaum a.a.O., S. 38, Best a.a.O., S. 15, wie im Text Biermann a.a.O., S. 426.

recht" in dem Sinne verstanden, daß der Berechtigte befugt ist, Dritte von der Einwirkung auf die belastete Sache auszuschließen oder selbst auf die belastete Sache einzuwirken. Dieses Einwirken soll nach einer Meinung aber nur von dem Berechtigten in eigener Person vollzogen werden dürfen[1]), während es nach anderer Ansicht gleichgültig ist, ob es von dem Berechtigten oder auf dessen Geheiß von einem Dritten, z. B. dem Gericht, vorgenommen wird.

Alle die für die dinglichen Rechte aufgestellten Definitionen treffen jedoch nicht den Kern des Wesens der dinglichen Rechte. Sie sind, wie Leonhard[2]) überzeugend nachweist, nur teils unvollkommene, teils auch falsche „Bilder", um die „Allwirksamkeit" der dinglichen Rechte auszudrücken. Denn in der „Allwirksamkeit", der absoluten Wirkung der dinglichen Rechte gegen jedermann, selbst gegen den Eigentümer der mit einem beschränkten dinglichen Recht belasteten Sache, liegt ihr eigentliches Wesen, und gerade hierdurch unterscheiden sie sich von den Schuldrechten, die stets einseitig (relativ) wirken[3]).

Wie steht es nun mit der absoluten Wirkung bei der Hypothek? — Sie ist zu bejahen. Hauptargument hierfür ist der § 1134 BGB. Der Hypothekengläubiger hat zwar weder ein Recht zum Besitz noch zur körperlichen Einwirkung auf das Grundstück, doch kann er von dem Augenblick der Hypothekenbestellung an jede Einwirkung auf das Grundstück, die eine Verschlechterung desselben und somit eine Gefährdung der Sicherheit seiner Hypothek „befürchten" läßt, gegen jedermann, selbst gegen den Eigentümer, verhindern. Schon die nur drohende Gefährdung der Hypothek durch eine noch nicht eingetretene aber wegen der Einwirkung irgend jemandes auf das Grundstück zu befürchtende Verschlechterung gibt dem Hypothekar einen „quasi-negatorischen Anspruch auf Unterlassung gegen den Einwirkenden" (§ 1134, 1135 BGB.[4]).

---

[1]) so Sohm bei Grünhut, Bd. 4, S. 417; Bd. 5, S. 18, der, da bei der Hypothek eine selbständige Einwirkung nicht möglich ist, die Hypothek schon aus diesem Grunde unter die obligatorischen Rechte einreiht.

[2]) Allgem. Schuldrecht, Bd. I, S. 4ff.

[3]) Leonhard a.a.O., S. 6.

[4]) Wolff, Sachenrecht, § 138, II, 2.

Was für das Recht des Hypothekengläubigers gilt, wenn eine Verschlechterung des Grundstücks und eine Gefährdung der Hypothek überhaupt noch nicht eingetreten ist, gilt in verstärktem Maße, wenn die Sicherheit der Hypothek durch eine bereits vorhandene Verschlechterung des Grundstücks schon in Frage gestellt ist. Hier kann der Gläubiger unabhängig davon, ob die Verschlechterung auf einer rechtswidrigen Handlung des Eigentümers, eines Dritten oder sogar auf einer erlaubten Handlung oder einem Naturereignis beruht, dem Eigentümer „eine angemessene Frist zur Beseitigung der Gefährdung bestimmen“[1]). Die Beseitigung kann entweder in der „Verbesserung des Grundstücks“ oder in „anderweitiger Hypothekenbestellung“ bestehen[2]). Verstreicht die gesetzte Frist, ohne daß der Eigentümer der Aufforderung nachkommt, so kann der Gläubiger die Beseitigung der Grundstücksverschlechterung von dem Eigentümer zwar nicht erzwingen[3]), aber sein durch die Hypothekenbestellung erlangtes „Recht auf Sicherheit“ gibt ihm die Befugnis, ohne vorherige Herbeiführung der Fälligkeit der Hypothek sofortige Befriedigung aus dem Grundstück zu suchen. Auch in dieser Befugnis kommt wieder die „Allwirksamkeit“ des Hypothekenrechts zum Ausdruck. Der Hypothekengläubiger braucht sich keinerlei Einwirkung auf sein Hypothekenrecht, woher diese auch kommen und von wem diese auch ausgehen mag, gefallen zu lassen. Er hat ein absolutes Recht auf Sicherheit seiner Hypothek.

Im Zusammenhang damit steht die Bestimmung, daß die Hypothek sich auch auf Versicherungsforderungen erstreckt[4]), solange das beschädigte Grundstück oder der der Hypothek mitverhaftete Gegenstand noch nicht wieder hergestellt oder ersetzt worden ist. Der Hypothekar erwirbt auf Grund seiner Hypothek schon wegen einer eventuellen Gefährdung ihrer Sicherheit einen selbständigen Anspruch gegen den, der den Schaden wieder auszugleichen hat. Hierbei ist gleichgültig, ob die Versicherung von dem Grundstückseigentümer selbst, dem Eigenbesitzer oder

[1]) § 1133, I, BGB.
[2]) § 1133 BGB.
[3]) a. M. Endemann a.a.O., S. 792. Anm. 40.
[4]) § 1127 BGB.

gar einem Dritten für einen der beiden abgeschlossen worden ist. Letzteres rechtfertigt sich aus dem Surrogationsgedanken[1]). Die Hypothek soll alle Ansprüche erfassen, die infolge der Verschlechterung des verhafteten Grundstücks oder der mitverhafteten Gegenstände entstanden oder ganz an deren Stelle getreten sind. Auch dieser Schutz des Hypothekengläubigers ist als Ausfluß der „Allwirksamkeit" des Hypothekenrechts anzusehen.

Doch auch außerhalb der Bestimmungen des BGB. ist ein wichtiges Argument für die Auffassung der Hypothek als dingliches Recht zu finden. Dies ist der § 47 KO. Letzterer lautet:

> „Zur abgesonderten Befriedigung dienen die Gegenstände, welche der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen unterliegen, für diejenigen, welchen ein Recht auf Befriedigung aus demselben zusteht."

Als ein solches Recht auf Befriedigung aus dem Grundstück ist die Hypothek in § 1113 BGB. ausdrücklich gekennzeichnet. § 47 KO. besagt daher nichts anderes, als daß der Hypothekar sein Recht sogar im Konkurs des Grundstückseigentümers gegen alle persönlichen Gläubiger desselben durchzusetzen berechtigt ist. Das Hypothekenrecht bleibt durch den Konkurs unbeeinträchtigt. Während die persönlichen Gläubiger sich im Konkurs mit der Konkursquote begnügen müssen, die nur einen Bruchteil ihrer Forderungen zur Tilgung bringt, kann der dinglich gesicherte Hypothekengläubiger unbekümmert um den Konkurs abgesonderte Befriedigung bis zur vollen Höhe seiner Hypothekenforderung suchen. Erst wenn ihm diese zuteil geworden ist, steht der restliche Erlös aus der Verwertung des Grundstücks dem Zugriff der persönlichen Gläubiger frei.

Während im Bisherigen das Hypothekenrecht nur für die Zeit vor Fälligkeit der Hypothekenforderung auf seine Dinglichkeit geprüft wurde, bedarf es noch der Untersuchung, ob es auch noch nach der Fälligkeit seine Dinglichkeit erweist. Dies ist — um die Entscheidung vorwegzunehmen — ebenfalls zu bejahen. Der Hypothekengläubiger hat nach Eintritt der Fälligkeit ein gegen jedermann durchsetzbares Recht auf Befriedigung aus dem

[1]) Planck III, S. 484; Prot. VI, S. 244; BBG §§ 1127—1129.

Grundstück und den mithaftenden Gegenständen. Er kann ohne Rücksicht auf den Eigentümer, dessen persönliche Gläubiger oder die ihm (dem Hypothekar) im Range nachstehenden Hypothekengläubiger die Liegenschaftsvollstreckung in das Grundstück betreiben und sich aus dessen Erlös oder aus den Einkünften mit dem seinem Range entsprechenden Vorzugsrecht befriedigen.

Zusammenfassend kann daher festgestellt werden, daß die in den eingangs angeführten rein äußerlichen Anhaltspunkten begründete Vermutung für die dingliche Natur der Hypothek in der dem Hypothekenrecht innewohnenden allwirksamen Befugnis ihre Bestätigung findet. Das Hypothekenrecht unterwirft das Grundstück selbst in allen seinen rechtlichen Beziehungen dem Willen des Hypothekengläubigers und erstreckt sich auf alle einzelnen Bestandteile desselben. Der Hypothekar kann jeder Verschlechterung des Grundstücks entgegentreten und sein Vorzugsrecht gegenüber allen konkurrierenden Rechten an demselben Grundstück geltend machen. Sein Recht wird in seiner Wirksamkeit weder durch die Verfügung des Eigentümers über das Grundstück noch durch die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Eigentümers berührt. Nach Fälligkeit kann er verlangen, daß seine Forderung im Wege der Zwangsvollstreckung beigetrieben wird. Sein Recht ist absolut. Das Hypothekenrecht ist ein dingliches Recht.

Dies ist jetzt herrschende Meinung[1]). Selbst bei den Vertretern der unten noch zu behandelnden Ansicht, daß die Hypothek eine Realobligation sei, wird die Dinglichkeit meist nicht geleugnet. Gegner der hier vertretenen Auffassung ist Sohm[2]), welcher wie S. 13, Anm. 1 schon bemerkt, die Hypothek deswegen aus dem Sachenrecht verweist, weil sie nicht das Recht gebe, „selbsthandelnd auf das Grundstück einzuwirken", sondern der Gläubiger zur Durchsetzung seines Rechts erst der Hilfe des Gerichts bedarf. Diese Ansicht ergibt sich aus der grundsätzlich anderen und engeren Auffassung von dem Wesen der dinglichen

---

[1]) Wolff, § 131, 1; Nußbaum a.a.O., S. 38; Männer a.a.O., S. 363; Oberneck a.a.O., S. 2 u. a. m.

[2]) bei Grünhut, Bd. 5, S. 18ff.

Rechte[1]) und bedarf nach dem oben Gesagten hier keiner weiteren Behandlung.

§ 3. II. Die Hypothek als Pfand- und Verwertungsrecht.

Mit der Feststellung der Hypothek als „dingliches Recht" allein ist jedoch das Hypothekenrecht noch nicht erschöpfend gekennzeichnet. Es erhebt sich vielmehr die Frage, worin denn nun der Inhalt dieses dinglichen hypothekarischen Rechts besteht.

Das Wesen der Hypothek ist bedingt durch ihren Zweck, nämlich Befriedigung des Gläubigers aus dem zur Sicherheit gesetzten Grundstück. Die Antwort auf die eben aufgeworfene Frage muß daher lauten: Der Inhalt der Hypothek geht auf Zwangsbefriedigung aus dem Grundstück. Die Hypothek ist, wenn man die Grundeinteilung der dinglichen Rechte in Nutzungs-, Verwertungs- und Erwerbsrechte zugrunde legt, vor allem ein Verwertungsrecht. Der Berechtigte ist befugt, durch zwangsweise Ausnutzung des Grundstückswerts durch Veräußerung oder Nutzung dem Grundstück einen bestimmten Geldbetrag zu entnehmen. Die Hypothek hat, mit anderen Worten, Pfandwirkung.

Die Pfandrechtsnatur der Hypothek sowohl als auch der Grund- und Rentenschuld ist allerdings sehr bestritten. Das BGB. gebraucht den Ausdruck Pfandrecht nur bei beweglichen Sachen und Forderungen. Dann aber hat es auch der Natur der Sache nach das Pfandrecht an Fahrnis von den genannten drei Grundstücksbelastungen insofern getrennt, als ersteres stets als Sicherung für eine Forderung zu dienen bestimmt und begrifflich daher streng akzessorisch ist, während bei letzterem mit Ausnahme der Sicherungshypothek dieses Erfordernis nicht aufgestellt ist[2]).

---

[1]) Sohm a.a.O., S. 26: „Diese Wirkung gegen Dritte ist aber kein Kriterium für das dingliche Recht, daher für die Begriffsbestimmung der Hypothek unerheblich". „Das Wesen des dinglichen Rechts besteht vielmehr in seinem dinglichen Inhalt. Dieser Inhalt ist die Befugnis, selbsthandelnd auf das Objekt einzuwirken."

[2]) Für die Verkehrshypothek ist die akzessorische Natur überdies bestritten. Sie ist m. E. gegen die h. M. im Hinblick auf § 1163 BGB. zu verneinen, da die Hypothek hiernach weder im Entstehen noch im Bestehen von der Forderung abhängig ist. Die Frage hat für die Behandlung des Themas keine grundlegende Bedeutung, daher kann auf ihre eingehende Erörterung hier verzichtet werden.

Wenn sich trotzdem in Literatur und Praxis der Ausdruck „Grundpfandrecht" allgemein durchgesetzt hat, so hat das seinen guten Grund.

Was zunächst die Aufstellung eines gemeinsamen Namens für die drei Grundkreditbelastungsformen[1]) anbetrifft, so findet diese ihre Rechtfertigung in dem gemeinsamen Wesen dieser Belastungen, ein Recht auf Zahlung einer Geldsumme aus einem Grundstück zu gewähren. Hypothek, Grundschuld und Rentenschuld sind im Grunde ein einheitliches dingliches Recht[2]), von denen jedes laut positiver Bestimmungen der §§ 1186, 1198, 1203 BGB. in eine der beiden anderen Arten von Grundstücksbelastungen umgewandelt werden kann, ohne daß es dazu der Zustimmung der im Range gleich- oder nachstehenden Berechtigten bedarf.

Die Bezeichnung als Grund-„Pfandrecht" kann aber nur dann als zu Recht bestehend anerkannt werden, wenn die darunter verstandenen Grundstücksbelastungen in der Tat eine weitgehende Verwandtschaft mit dem „Pfandrecht" im engeren Sinne aufzuweisen haben, wie es das BGB. in den §§ 1204ff. an beweglichen Sachen und Rechten kennt. Diese Verwandtschaft ist aber vorhanden. Insbesondere dient die Hypothek, und ebenso meist auch die Grundschuld, gleich dem Fahrnispfandrecht der Sicherung einer Forderung. Sie gehen beide auf „Sachverwertung" der ihrer dinglichen Herrschaft unterworfenen Gegenstände. Das Fahrnispfandrecht kann in eine der drei Arten von Grundstückspfandrechten umgewandelt werden und auch umgekehrt, falls der ursprünglich belastete Gegenstand durch einen anderen ersetzt wird. Nach § 1287, Satz 2 BGB., erwirbt der Pfandgläubiger, der ein Pfandrecht an einer Forderung auf Auflassung hat, nach der Auflassung eine Sicherungshypothek an dem Grundstück. In beiden Fällen — und das ist wesentlich sowohl für die folgende Auseinandersetzung mit den Vertretern der Realobligation und der dinglichen Schuld, als auch für die daraus zu ziehenden Folgerungen für unsere Arbeit — besteht das Verwertungsrecht nicht darin, daß der Pfandberechtigte eine Geldforderung gegenüber dem Eigen-

---

[1]) Der Ausdruck „Grundkreditbelastung" stammt von Oberneck a.a.O., S. 7.

[2]) Matthiass a.a.O., S. 515.

tümer erwirbt. Der Eigentümer des belasteten Grundstücks ist ebensowenig wie der Eigentümer der Pfandsache persönlich verpflichtet, die Schuldsumme selbst zu zahlen. Die drei Grundkreditbelastungen so wenig wie das Fahrnispfand erzeugen einen Anspruch gegen den jeweiligen Sacheigentümer auf eine solche Leistung[1]). Für die Hypothek geht dies vor allem aus § 1142 BGB. hervor, welcher den Eigentümer nur für „berechtigt" nicht aber für „verpflichtet" erklärt, den Gläubiger zu befriedigen. Er gibt dem Eigentümer m. a. W. nur ein Lösungsrecht. Am allerwenigsten ist eine Leistungspflicht des Eigentümers aber aus der Definition der Hypothek in § 1113 zu entnehmen, in welcher die Benennung eines bestimmten Verpflichteten ganz evident vermieden worden ist.

Für die Rechtsnatur der Hypothek kann aus obigen Ausführungen daher zusammenfassend nochmals festgestellt werden, daß in ihr ein Pfandrecht[2]) und als solches ein Verwertungsrecht in dem Sinne zu sehen ist, daß sie dem Berechtigten die Befugnis gewährt, „sich einen Vermögenswert" aus dem belasteten Grundstück „durch eigene Handlung zu verschaffen" im Gegensatz zu einem Forderungsrecht, welches nur die Befugnis gewährt, „den Vermögenswert durch fremde Handlung zu empfangen"[3]). Als „eigene Handlung" des Berechtigten ist hierbei auch anzusehen, wenn er sich zur Durchsetzung seines Rechts des Gerichts bedient. Das Gericht stellt sich hier in den Dienst des Berechtigten und handelt auf sein Geheiß. Daher ist es der Gläubiger, der die „Veräußerung bewirkt" (§ 1149 BGB.) und nicht der Grundstückseigentümer, welcher ihm leistet[4]).

---

[1]) Vgl. hierzu Wolff, a.a.O., § 131,

[2]) Als Pfandrecht wird die Hypothek bezeichnet von Wolff a.a.O., § 130/131; Dernburg a.a.O., S. 680; v. Schwind a.a.O., S. 165; Endemann a.a.O., S. 700ff. u. a.

[3]) Wolff, § 131, Anm. 4.

[4]) a. M. Sohm, s.o. S. 13, Anm. 1 und S. 17, Anm. 1.

C. Die wichtigsten Theorien über die Rechtsnatur der Hypothek und ihre Kritik.

§ 4. I. Die Theorie der Realobligation.

Die im Bisherigen vertretene Anschauung, daß es sich bei der Hypothek um ein rein dingliches Recht handelt, welches außer seiner dinglichen Natur keinerlei obligatorische Elemente enthält, kraft deren der Hypothekar irgendwelche Ansprüche auf „Leistung" gegen den Eigentümer geltend machen könnte, ist in mehrfacher Hinsicht bestritten. So lehrt vor allem die Theorie der Realobligation[1]), daß in der Hypothek eine Leistungspflicht des jeweiligen Grundstückseigentümers begründet sei, der Hypothekar also einen Anspruch auf Zahlung der Geldsumme aus dem Grundstück habe, der Eigentümer diese Leistung „aus dem Grundstück" schulde[2]).

Die Vertreter dieser Theorie stützen sich in erster Linie auf § 1113 BGB., nach welchem „eine bestimmte Summe zu zahlen ist". Wo aber etwas zu zahlen sei, da müsse auch jemand sein, der zahlt, für den eine Verpflichtung zur Zahlung bestünde. Da ferner, wie ebenfalls aus § 1113 zu entnehmen, die Zahlung „aus dem Grundstück" zu geschehen habe, so ließe das gar keinen anderen Schluß zu, als daß der jeweilige Eigentümer als der zunächst und zumeist von einer eventuellen Zwangsbefriedigung des Gläubigers Betroffene die Summe zu zahlen habe.

Gegen diese Argumentation ist einzuwenden, daß die Fassung des § 1113 „aus dem Grundstück zu zahlen ist" nur bildlich gemeint und daher nicht wörtlich zu nehmen ist. Das Gesetz erklärt in § 1147 selbst, wie diese „Zahlung aus dem Grundstück"

---

[1]) Für das frühere Recht von Meibom, Mecklenb. Hypothekenrecht S. 39ff; Sohm a.a.O., S. 30ff; Voss a.a.O., S. 806; für das BGB. Crome a.a.O., S. 644, 754; Cosack a.a.O., S. 220; Fuchs, Grundbuchrecht I, S. 373; JW 1916, S. 3.

[2]) Fuchs a.a.O., S. 373ff: „Der Eigentümer als solcher ist zahlungspflichtig. Der Umfang seiner Zahlungspflicht wird durch das Grundstück beschränkt." Nach Fuchs schließt aber die Annahme einer Realobligation die Auffassung der Hypothek als ein dingliches Recht am Grundstück nicht aus.

Crome a.a.O., S. 644: „Das dingliche Recht ist mit einem Realschuldverhältnis des Eigentümers auf Zahlung der Pfandschuld verbunden. Letzteres geht als Annex des dinglichen Rechtes mit ihm auf andere Personen über."

aufzufassen ist. Das Zahlen soll eben nicht durch den Eigentümer in Person, sondern in den Formen der Zwangsvollstreckung geschehen[1]). Außerdem ist auch hier wieder auf die oben bereits erwähnte Bestimmung des § 1142 zu verweisen, nach der dem Eigentümer wohl ein Lösungsrecht zusteht, ihm aber keine Pflicht zur Zahlung obliegt[2]). Dies zeigt sich auch darin, daß die Grundstücksbelastung bei Herrenlosigkeit des Grundstücks und wenn Berechtigter und Eigentümer identisch sind, rechtsgültig besteht. Ein privatrechtlich Zahlungspflichtiger fehlt bei der Hypothek ganz! Es beweist sich hier wieder die rein dingliche Natur der Hypothek. Der Gläubiger übt sein rein dingliches Herrschaftsrecht über das Grundstück aus, indem er die Zwangsvollstreckung betreibt. Die Zahlung geschieht dann durch den Vollstreckungsbeamten entweder aus dem Erlös der Zwangsversteigerung oder den Einkünften der Zwangsverwaltung. Die Vertreter der Realobligation geraten überdies in größte Schwierigkeiten für den Fall, daß der Eigentümer von seinem Lösungsrecht Gebrauch macht und dem Gläubiger die Summe zahlt. Denn diese Zahlung muß selbstverständlich aus der Tasche des Eigentümers geschehen, weil er ja faktisch aus dem Grundstück garnichts leisten kann. Nach der Theorie der Realobligation hat aber dann der Eigentümer seine Verpflichtung nicht erfüllt, sondern er bleibt nach wie vor verpflichtet, die Zahlung „aus dem Grundstück" zu bewirken. Hieraus ist am allerdeutlichsten die Unmöglichkeit der Annahme einer Leistungspflicht des Eigentümers aus dem Grundstück zu ersehen. Daher ist diese Theorie auch von der herrschenden Ansicht[3]) und namentlich auch von der Rechtsprechung abgelehnt worden. Das Kammergericht hat sogar eine Vereinbarung, wonach der jeweilige Eigentümer des Grundstücks unter gewissen Umständen gewisse Zahlungen zu leisten habe, als unvereinbar mit dem Wesen der Hypothek für eintragungsunfähig erklärt[4]).

---

[1]) Wolff, § 131, II, 1; Geib a.a.O., S. 146ff; Eckstein a.a.O., S. 118/19.

[2]) Wenn er zahlt, nimmt er die Vermögensminderung vor, um die Sache zu erhalten. Hat er nicht in dieser Absicht gezahlt, sondern in dem irrigen Glauben, schuldig zu sein, so steht ihm die condictio indebiti zu. Vgl. v. Tuhr, a.a.O., S. 1116; Leonhard a.a.O., S. 34.

[3]) Nachweisungen z. B. bei Güthe a.a.O., II, S. 1946.

[4]) KG. 29. 5. 1911, 41A 232; s. auch OLG. Stuttgart JDR. 9, 391ff.

Lehnen wir auch die Theorie der Realobligation schon auf Grund des bisher Gesagten ab, so bedarf es doch noch eines kurzen Eingehens auf die Gesetzesbestimmungen, die den Vertretern der gegnerischen Ansicht einen „Schein von Recht“[1]) für ihre Auffassung geben.

Das BGB. gebraucht an verschiedenen Stellen Ausdrücke, die die Vermutung zulassen, daß in dem Hypothekenrecht obligatorische Bestandteile enthalten sind. So bezeichnet § 952, II BGB. die Hypothek und die Grundschuld als „Rechte, kraft deren eine Leistung gefordert werden kann“. Ferner wird in § 1141 BGB. von der „Fälligkeit“ des Kapitals, in § 1160 BGB. sogar von „Kündigung“ und „Mahnung“ gegenüber dem Grundstückseigentümer gesprochen.

Hierzu ist zu bemerken, daß der Eigentümer sich rein tatsächlich allerdings in einer Stellung befindet, die „der eines Schuldners ähnlich ist“. Sie müssen beide zahlen, wenn sie verhindern wollen, daß der Gläubiger mit Hilfe staatlichen Zwanges vorgeht; trotzdem ist aber der Eigentümer nicht Schuldner. Wenn das Gesetz hier auch Ausdrücke verwendet, die nach der Gesetzesterminologie in das Obligationenrecht gehören, so handelt es sich hierbei nur um eine analoge Anwendung dieser Ausdrücke[2]). Dies erhellt eindeutig aus dem Wortlaut des § 1146, in dem es heißt:

> „Liegen dem Eigentümer gegenüber die Voraussetzungen vor, unter denen ein Schuldner in Verzug kommt, so gebühren dem Gläubiger Verzugszinsen aus dem Grundstück.“

Dieser Paragraph wäre überflüssig und geradezu widersinnig, wenn der Eigentümer dem Gläubiger gegenüber zu einer Leistung verpflichtet wäre. Im letzteren Falle würden dann nicht die „Voraussetzungen“ in der Person des Eigentümers vorliegen, unter denen „ein“ Schuldner in Verzug kommt, sondern der Verzug selbst! Man wird also mit Wolff[3]) unbedenklich annehmen können, daß es sich bei dem auf ein obligatorisches Verhältnis hindeutenden Redewendungen hier nur „um eine terminologische

---

[1]) Wolff, § 131, III.
[2]) Vgl. hierzu v. Tuhr a. a. O., S. 116.
[3]) Wolff a. a. O., § 131, III, 2.

Erleichterung und Vermeidung neuer Ausdrucksprägung" handelt, die nicht dazu berechtigt, hieraus Schlüsse auf die Natur des Hppothekenrechts zu ziehen.

Ähnlich steht es mit den §§ 1137 und 1157 BGB., die dem Eigentümer unter gewissen Voraussetzungen das Recht geben, „Einreden" — das sind nach dem ständigen Sprachgebrauch des Gesetzes „Leistungsverweigerungsrechte" — geltend zu machen. Diese Ausdrucksweise erklärt sich aus der Eigenart des Hypothekenrechts, daß es einzig und allein in den Formen der Zwangsvollstreckung (§ 1147 BGB.) durchgesetzt werden kann. Der Gläubiger muß auf alle Fälle erst einmal gegen den Eigentümer klagen, um auf diese Weise ein vollstreckbares Urteil in die Hand zu bekommen, auf Grund dessen er dann die Zwangsvollstreckung betreiben kann. Diese „prozessuale Lage legt", wie Wolff ausführt[1]), „die Vorstellung nahe, daß der Klage aus der Hypothek oder Grundschuld ein Anspruch gegen den Eigentümer zugrunde liege, daß die Verurteilung des Beklagten zu einer Leistung geschehe, und daß die Zwangsvollstreckung der Durchführung jenes Anspruchs diene". Diese Vorstellung entspricht aber nicht den Tatsachen. Der Eigentümer wird hier nicht in der Eigenschaft „als Schuldner", sondern „als der von der Pfandverwertung zunächst Betroffene (Gestaltungsgegner)" verklagt, und das Urteil soll hier nicht eine Leistungspflicht des Eigentümers, sondern nur ein „Vollstreckungsrecht" des Hypothekars aussprechen. Die sog. Einreden des Grundstückseigentümers, die ihm auf Grund der §§ 1137 und 1157 gegeben sind, enthalten daher „nicht das Recht, eine geschuldete Leistung zu verweigern, sondern das Recht, der Geltendmachung des Pfandrechts zu widersprechen, wie § 1160 es korrekt ausdrückt".

Endlich berufen sich die Gegner unserer Auffassung, daß die Hypothek ein rein dingliches Recht sei, auch noch auf die Bestimmungen des § 592, Satz 2, 688, I, 2 und 794, Nr. 5 ZPO., indem sie darauf hinweisen, daß der Hypothekar sich zur Durchsetzung seines Rechts auch des Urkundenprozesses und des Mahnverfahrens bedienen könne. Diese beiden Verfahrensarten seien aber nur für die Durchsetzung von Ansprüchen gegeben, die auf

[1]) Wolff, § 131, III, 1.

Zahlung einer bestimmten Geldsumme (oder Leistung einer bestimmten Quantität anderer vertretbarer Sachen ....) abzielten. Es müsse hier der Eigentümer also zur Zahlung aufgefordert werden.

Die Gegner sind hier aber aus denselben Bestimmungen heraus zu widerlegen, die sie selbst als Beweismittel für ihre Ansicht benutzen. Im ersten Teil der zitierten Paragraphen ist zwar von „Ansprüchen" die Rede, „welche die Zahlung einer bestimmten Geldsumme ... zum Gegenstand haben", aber sie führen sämtlich den wörtlich übereinstimmenden Nachsatz: „als ein Anspruch, welcher die Zahlung einer Geldsumme zum Gegenstand hat, gilt auch der Anspruch aus einer Hypothek, Grundschuld oder Rentenschuld". Hierbei ist auf das Wort „gilt" die allergrößte Betonung zu legen![1]) Das Gesetz bringt hiermit nämlich zum Ausdruck, daß es den Anspruch aus der Hypothek nur als Anspruch auf Zahlung einer Geldsumme „fingiert". Grund und Zweck dieser Fiktion ist, wie auch aus den Motiven[2]) zu ersehen, dem Hypothekengläubiger den Urkundenprozeß und das Mahnverfahren zu erschließen, um ihm so die Möglichkeit zu geben, auf schnellerem und mit weniger Kosten verknüpftem Wege sein Befriedigungsrecht geltend zu machen. Bei der Auffassung der Hypothek als einer Realobligation wäre diese Fiktion des Gesetzes garnicht nötig gewesen.

§ 5. II. Theorie der dinglichen Schuld mit beschränkter Haftung (Otto v. Gierke).

Eine besondere Form hat die Lehre von der Zahlungspflicht des Grundeigentümers bei einigen germanistischen Schriftstellern, insbesondere bei Otto von Gierke[3]) erhalten. Letzterer lehrt, der jeweilige Eigentümer „schulde" den dem Gläubiger gebührenden Betrag und er „hafte" aber nur mit der Pfandsache. Seine Lehre fußt auf den Untersuchungen die von Amira[4]) und Puntschart[5]) im Anschluß an die Ideen von Brinz über die Trennung

[1]) s. Eckstein a.a.O., S. 114.
[2]) Mot. III, S. 676.
[3]) Deutsches Privatrecht II, S. 851ff; ders. Schuld und Haftung, S. 6; Hübner, Deutsches Privatrecht IV, S. 383.
[4]) Nordgerm. Obligationenrecht I, S. 40ff. II.
[5]) Schuldvertrag und Treugelöbnis des sächsischen Rechts im Mittelalter; ders. Grundschuldbegriff, S. 13ff., S. 73.

von Schuld und Haftung für das germanische und das sächsische Recht angestellt haben. „Schuld" im Sinne des Leistensollens einer Person und „Haftung" im Sinne des Einstehens einer Person oder einer Sache für den Fall, daß die Schuld nicht erfüllt wird, sind hiernach getrennte Begriffe[1]) [2]).

Gierke versucht nun, diesen deutschrechtlichen Gegensatz von Schuld und Haftung auf das moderne Hypothekenrecht zu übertragen. Er konstruiert, da eine Haftung ohne Schuld nicht denkbar ist, außer der Sachhaftung des belasteten Grundstücks eine „dingliche Schuld" des jeweiligen Eigentümers, die dann ihrerseits „lediglich durch Verwirklichung der Sachhaftung" erzwingbar sein soll. Er unterscheidet also zwischen 1. „Sachhaftung", welche „den primären Inhalt des Grundpfandrechts bildet", 2. „dinglicher Schuld" des jeweiligen Eigentümers, welche sich mit dieser Sachhaftung verbindet, aber nur auf ein Einstehen mit dem Grundstück zielt, und schließlich 3. der persönlichen Schuld, zu deren Sicherung die Hypothek dient. Fehlt letztere, wie z. B. bei der Grundschuld, so ist, wie Gierke ausführt, die Annahme einer dinglichen Schuld geradezu „begrifflich notwendig". Die Grundschuld drücke überdies schon durch ihren Namen „das Dasein einer dinglichen Schuld aus". Da aber gemäß der einheitlichen Struktur des Grundpfandrechts in der Hypothek eine Grundschuld stecke, die in der Regel nur durch eine persönliche Schuld einerseits ergänzt und andererseits inhaltlich bestimmt werde, so stehe auch bei der Hypothek neben der persönlichen Schuld eine dingliche Schuld, die hinsichtlich ihres Subjekts, ihres Bestandes und ihres Inhalts besondere Schicksale haben könne[3]). Daß das BGB. aber den Begriff einer dinglichen Schuld ebenfalls anerkenne, gehe aus der Tatsache hervor, daß es stets

---

[1]) Amira a.a.O., Bd. I, S. 40: „Haftung und Schuld sind Gegensätze. Haftung ist Einstehensollen, Schuld ist Leistensollen."

[2]) Puntschart, Grundschuldbegriff, S. 13—14: „Die Schuld im Rechtssinne ist die Rechtslage des Sollens im Sinne des Bestimmtseins, und zwar beim Schuldner des Leistensollens. Neben der Schuld steht die Obligation oder Haftung .... sie ist Einständerschaft .... Die rechtliche Bestimmung für eine Schuld Genugtuungs- und zunächst Ersatzobjekt zu werden und hierdurch Sicherung zu gewähren für den Fall, daß die Schuld nicht .... erfüllt wird."

[3]) s. Gierke a.a.O., S. 853.

von dem „persönlichen Schuldner" spreche, was überflüssig, wenn gar kein anderer Schuldner vorhanden wäre.

Zur Erläuterung des Wesens der dinglichen Schuld führt Gierke dann weiter aus, daß die dingliche Schuld untrennbar mit dem Eigentum am Grundstück verbunden sei. Daher gehe sie auch von Rechtswegen auf jeden neuen Eigentümer über. Sie richte sich auf Zahlung des Geldbetrags, für den das Grundstück hafte[1]). Die dingliche Schuld begründe jedoch keinerlei Verpflichtung der Person als solcher, sondern laste auf dem Grundstück und finde nur als Passivbestandteil des Grundvermögens notwendig im jeweiligen Grundeigentümer ihr Subjekt. Sie gewähre dem Berechtigten „keine Forderung" (!), sondern ein dingliches Gläubigerrecht, das durchaus als Recht am Grundstück erscheine[2]) und gerade deshalb sich gegen dessen jeweiligen Eigentümer richtet[3]).

Gegen die Theorie der dinglichen Schuld ist zum Teil dasselbe anzuführen, was gegen die Theorie der Realobligation gesagt wurde. Es erübrigt sich daher, den Ausführungen Gierkes im einzelnen nachzugehen und sie einer Kritik zu unterwerfen, zumal schon oben eingehend nachzuweisen versucht wurde, daß die Hypothek als rein dingliches Verwertungsrecht zu betrachten sei, welches dem Grundstückseigentümer keinerlei Pflichten auferlege.

Ganz allgemein soll aber gegen die Theorie der dinglichen Schuld eingewendet werden, daß sie vor allem wenig klar ist. Letzteres hat seinen Grund darin, daß die Lehre sich auf Rechtsgedanken stützt, die einer Rechtswelt angehören, in der ganz andere Sätze galten! Von einer derartigen Übertragung altgermanischer Rechtsbegriffe auf das heutige Recht muß aber, wie Leonhard[4]) betont, eindringlichst gewarnt werden. Die Institute des modernen Rechts sind nur aus dem geltenden Recht zu erklären und hier lautet die Frage nicht, ob es einen Gegensatz zwischen Schuld

---

[1]) s. Gierke a.a.O., S. 853. Hierin besteht nach Wolff, § 131, Anm. 10, der Unterschied dieser Theorie von der der Realobligation. Hier liegt eine Schuld mit beschränkter Haftung vor, dort ist die Schuld auf das Grundstück beschränkt.

[2]) Die dingliche Natur der Hypothek wird also nicht geleugnet!

[3]) O. v. Gierke, a.a.O., S. 856.

[4]) Leonhard a.a.O., S. 27/28.

und Haftung überhaupt „gibt", sondern ob er sich in unserem Recht auffinden läßt. Dies ist aber zu verneinen. Schon die Vorstellung, daß eine „Schuld" „dinglich" sein könne, ist mit unserem heutigen Recht schlechthin unvereinbar. Selbst wenn man aber ein solches Recht zu konstruieren versuchte, so scheitert es schon an seiner Unanwendbarkeit für das Grundpfand an herrenlosen Grundstücken und für das Eigenpfand[1]).

Das BGB. selbst gibt nicht den geringsten Anlaß, die Hypothek im Gierkeschen Sinne aufzufassen. Der Ausdruck dingliche Schuld kommt im Gesetz nirgends vor. Die Folgerung, daß man in der Bezeichnung Grundschuld und Grundschuldgläubiger einen Hinweis auf die dingliche „Schuld" des Grundpfandrechts zu erblicken habe, kann nur als verfehlt bezeichnet werden. Wolff[2]) bemerkt hierzu sehr richtig, daß dann auch aus dem Namen der Aktien-„Gesellschaft" ihre Gesellschaftsnatur abzulesen sein würde. Ebensowenig kann für die Gierke'sche Ansicht als stichhaltiger Grund angesehen werden, daß das BGB. von dem „persönlichen Schuldner" im Gegensatz zum Grundstückseigentümer redet. Denn auch beim Fahrnispfandrecht, für das Gierke jede dingliche Schuld leugnet, wird von einem „persönlichen Schuldner" im Gegensatz zum Eigentümer gesprochen[3]). Schließlich muß aber auch hier wieder auf den schon mehrfach zitierten § 1142 hingewiesen werden, in welchem ganz eindeutig nur von der „Berechtigung" des Eigentümers zur Leistung der Zahlung gesprochen wird. Der Paragraph wäre überflüssig oder zum mindesten unverständlich, wenn der Eigentümer zur Leistung der Geldsumme verpflichtet wäre. Eine Pflicht des Eigentümers besteht nicht einmal als sittliche oder Anstandspflicht[4]).

§ 6. III. Theorie der Wertteile (Oberneck).

Die von Oberneck vertretene Theorie stimmt mit der von uns vertretenen Auffassung der Hypothek als ein Verwertungsrecht insofern überein, als auch er in der Hypothek ein Recht des

---

[1]) Predari a.a.O., S. 138; Hirsch a.a.O., v. Schwind, S. 17 (s. auch v. Tuhr, Allgem. Teil I, S. 77; Dernburg, Bürgerliches Recht I, 2, S. 122).
[2]) a.a.O., § 131, Anm. 14.
[3]) § 1210 und § 1211 BGB.
[4]) Wolff, S. 446.

Gläubigers sieht, im Falle der Nichtzahlung des Eigentümers durch eigene Handlung Befriedigung aus dem Grundstück zu suchen. Damit lehnt er ebenfalls die Konstruktion einer Verpflichtung des Eigentümers ab[1]).

Trotz dieses praktisch mit der h. M. übereinstimmenden Ergebnisses kommt er rechtlich jedoch zu einer eigenartigen Konstruktion des Hypothekenrechts, indem er den Rang — die Stelle, welche die Hypothek im Grundbuch einnimmt — zu einem wesentlichen Merkmal des Hypothekenrechts erhebt. Seine Lehre stützt sich auf das von einigen Partikularrechten[2]) vor dem Inkrafttreten des BGB. ausgebildeten Prinzips der sog. festen oder offenen Stellen (Lokusprinzip).

Dieses „Prinzip des festen Ranges", wie er es nennt, gilt nach seiner Meinung auch noch für das Grundpfandrecht des BGB. Letzteres habe den im römischen Recht herrschenden Grundsatz vom Nachrücken der im Range schlechteren Hypothekare, wenn der Vorhypothekar aus irgend einem Grunde wegfiel, nicht mitaufgenommen; ganz im Gegenteil sei im BGB. diese Stelle dem Eigentümer vorbehalten.

In jeder Grundkreditbelastung sei zugleich die Bestellung einer Eigentümerhypothek enthalten[3]). Vermöge der Grundbuchverfassung könne der Eigentümer sein das Verwertungsrecht einschließende Eigentumsrecht in verschiedene selbständige Teile zerlegen und auf diese Weise gesonderte Vermögensmassen bilden[4]). Dies geschehe entweder durch die Begründung einer Eigentümergrundschuld (§ 1196 BGB.) im Wege des Vorrangvorbehalts (§ 881 BGB.) oder aber durch Bestellung einer Hypothek oder Grundschuld für einen Dritten zu einem bestimmten juristischen oder wirtschaftlichen Zweck. Falle letzterer fort, so müsse das dem Dritten überlassene Wertobjekt wieder in das Eigentum zurückfallen. Dies geschehe in Form der als Sondervermögen bestehen bleibenden Eigentümerhypothek, welche nichts anderes sei, als

---

[1]) Reichsgrundbuchrecht II, S. 2, Anm. 4.
[2]) Vgl. Mot. III, S. 204.
[3]) so im Anschluß an Prot. III, S. 609, Nr. 2.
[4]) Oberneck a.a.O., S. 5.

das Eigentum selbst „in Richtung auf die Aneignung des im Eigentumsobjekt steckenden Werts“[1]).

Durch das Institut der Eigentümerhypothek und Eigentümergrundschuld sei also ein Vorrücken der nachberechtigten Hypothekengläubiger unmöglich gemacht. Jede Grundkreditbelastung habe ihren festen Rang, Gegenstand der Belastung sei daher nur ein ganz bestimmter rangmäßig festgestellter Wertteil des Grundstückswerts[2]), im Gegensatz zum früheren Recht, wo die Hypothek das ganze[3]) Grundstück ergriff. Als Beweis für die Richtigkeit dieser „Theorie der der Befriedigung des Gläubigers dienenden Wertteile“ sei der § 44 ZwVG. anzusehen, nach welchem in der Zwangsversteigerung „nur ein solches Gebot zugelassen“ würde, „durch welches die dem Anspruch des Gläubigers vorgehenden Rechte, sowie die aus dem Verteilungserlös zu entnehmenden Kosten des Verfahrens gedeckt werden (geringstes Gebot)“.

Die von Oberneck vertretene Wertteilstheorie ist deshalb zum Scheitern verurteilt, weil sie auf verkehrten Voraussetzungen beruht. Denn das Prinzip der „festen Rangstellen“ ist eben nicht im BGB. verankert, wenn auch, wie Oberneck hervorhebt, keine ausdrücklichen Bestimmungen bestehen, die ein Vorrückungsrecht ergeben, und auch nirgends von einer diesem Recht entsprechenden „Pflicht“ des Eigentümers die Rede ist, dieses Vorrücken zu dulden[4]). Formell wird im BGB. an dem römischen Grundsatz des Aufrückens der nachstehenden Posten festgehalten, wenn er auch sachlich durch so viele Ausnahmen durchbrochen ist, daß kaum noch praktisch erwähnenswerte Fälle übriggeblieben sind[5]). Aber sie sind rechtlich immerhin möglich! So rücken insbesondere die Nachberechtigten auf, wenn die Hypothek nach-

---

[1]) Reichsgrundbuchrecht S. 7.

[2]) a.a.O., S. 5: „Jede Grundkreditbelastung ist ihrem Ursprunge nach nichts weiter als eine Verselbständigung des Wertes oder eines Teiles des Wertes des Grundstücks.“

[3]) a.a.O., S. 14: „Bei der Bestellung der Hypothek geht der Wille der Parteien keineswegs dahin, daß der Berechtigte den ganzen aus dem Grundstück lösbaren Geldwert zu seiner Verfügung behufs Befriedigung haben soll. Vielmehr wird durch die Rangstellung nur ein ganz bestimmter Wertteil als zur Befriedigung dienend bestimmt.

[4]) a.a.O., S. 16.

[5]) Vgl. Nußbaum a.a.O., S. 50.

träglich durch Rechtsgeschäft zwischen dem Eigentümer und dem Berechtigten wieder aufgehoben wird oder aber der Eigentümer auf sein Eigentumspfandrecht durch Löschung verzichtet.

Die Streitfrage, ob das Prinzip des festen Ranges für das heutige Recht gilt oder nicht, wird daher dahin zu beantworten sein, daß theoretisch letzteres der Fall ist[1]), praktisch sich aber das System der festen Stellen durchgesetzt hat. Trotzdem verdient die Ansicht Obernecks, daß Gegenstand der Hypothek nur ein ganz bestimmter Wertteil des Grundstückswerts sei, schärfsten Widerspruch. Eck[2]) sagt nicht zu Unrecht, daß dann die Hypothek ja garnicht mehr an dem Grundstück in seiner Eigenschaft als Sache hafte, sondern an einem gedachten Objekt. Dies steht aber mit der Bestimmung des § 1113 BGB. in krassem Widerspruch, wonach das Grundstück selbst, und zwar in seinem ganzen Umfange, mit allen Bestandteilen, die das Grundstück ausmachen, und nicht nur eine bestimmte Wertquote dem Hypothekenrecht unterworfen ist. Auf den Einwand von Eck erwidert Oberneck, daß das Hypothekenrecht auch bei Annahme der Wertteilstheorie ein dingliches Recht sei, das nach § 1147 BGB. eine unmittelbare Herrschaft über das „ganze" Grundstück „insofern" gewähre, als es nur durch Verwertung des ganzen Grundstücks nach Maßgabe des Zwangsversteigerungsgesetzes ausgeübt und dadurch das Eigentumsrecht des bisherigen Eigentümers zur Vernichtung gebracht werden kann. Aber das ist nur als ungenügende Rechtfertigung zu bezeichnen. Oberneck widerspricht sich auch auf derselben Seite, indem er sagt, daß „die Einwirkung des Gläubigers auf das Grundstück" nur bezwecke, „ihm diesen ganz bestimmten, als Befriedigungsobjekt angewiesenen Wert" zu verschaffen. Dies besagt nichts anderes, als daß das Hypothekenrecht auch nach der Zwangsversteigerung wieder nur einen ganz bestimmten Teil des Erlöses erfasse. Das ist aber mit dem strikt durchgeführten Surrogationsprinzip unvereinbar[3]). Das Hypothekenrecht ergreift auch nach der Zwangsversteigerung alles, was als Surrogat des Grundstücks an seine Stelle getreten

[1]) so h. M. insbes. RG. 60, S. 254.
[2]) a.a.O., S. 309.
[3]) Vgl. hierzu Hirsch a.a.O., S. 414 ff.

ist. Das ist der ganze Versteigerungserlös, der „für jeden Hypothekengläubiger mit dem Befriedigungsanspruch bestrikt ist“[1]). Rechtlich ist also der ganze Erlös des Grundstücks den sämtlichen Hypothekengläubigern gleichzeitig verhaftet. Es hängt nur von der Höhe dieses Erlöses ab, ob ein nicht an erster Stelle berechtigter Hypothekar in der Endverteilung mit seinem Rechte noch zum Zuge gelangt.

Mit Recht hat man gegenüber der Wertteilstheorie auf den Fall hingewiesen, daß das Grundstück, gemessen an seinem wirtschaftlichen Wert, mit Hypotheken überlastet ist. Hier entsteht die Frage, welcher Teil des Grundstückswerts die an letzter Stelle stehende Hypothek ergreift, wenn der gesamte Wert schon durch die im Range vorgehenden Hypotheken belastet ist. Die Theorie von Oberneck kann auf diese Frage keine Antwort geben. Es zeigt sich hier am deutlichsten ihre Unrichtigkeit[2]). Oberneck selbst erweist sich einen schlechten Dienst, wenn er gegen diesen Einwand darauf aufmerksam macht, daß der Wert eines Grundstücks auch von vornherein nie feststünde, er im Gegenteil vom Verkehrsleben abhängig sei, nach welchem das Grundstück je nach Lage des Falles im Werte steigen oder auch fallen könne, so daß auch hier eine schon bestehende Hypothek nachträglich wertlos werden könnte. Diese Rechtfertigung ist aber gleichzeitig das beste Argument gegen die von ihm vertretene Theorie. Denn eben weil der Wert des Grundstücks keine feste Größe ist, deswegen darf er auch nicht zum Gegenstand des Hypothekenrechts gemacht werden! Auf diese Weise könnten sonst gegenstandslose Hypotheken entstehen, was aber mit dem Grundgedanken des ganzen Hypothekenrechts in stärkstem Widerspruch stünde. Die Theorie von Oberneck wird daher mit Recht von der h. M., insbesondere auch von der Rechtsprechung des Reichsgerichts[3]) abgelehnt[4]).

---

[1]) RG. Bd. 60, S. 254.

[2]) Vgl. Eck a.a.O., S. 310.

[3]) RG. Bd. 60, S. 254.

[4]) gegen Oberneck vgl. Fuchs a.a.O., S. 522, Note 6; Hirsch a.a.O., S. 413ff; Endemann a.a.O., S. 736.

§ 7. IV. Theorie der Rangsäule (Güthe).

Güthe hält die Begriffsbestimmung der Hypothek, welche nach der herrschenden Wertaneignungstheorie ein „dingliches Recht auf Aneignung des im Zwangsversteigerungsverfahren ermittelten Wertes des Grundstücks in bestimmter Höhe ist[1]), nicht für ausreichend, um den Inhalt des Hypothekenrechts zu erklären. Dieses Aneignungsrecht, sagt er, habe kraft seines Eigentums auch der Eigentümer und zwar in der Werthöhe, welche nicht durch Hypotheken in Anspruch genommen ist. Welcher Rechtsinhalt nun aber gerade durch die Hypothekenbestellung aus dem Eigentum ausgeschieden wird, vermag nach Güthe die Wertaneignungstheorie nicht zu erklären. Diese Theorie erkläre vielmehr „nur die Wirkung" des Hypothekenrechts, nicht aber das Wesen und ließe daher nicht erkennen, welchen Inhalt das Hypothekenrecht „vor" Ausübung der Zwangsversteigerung hat[2]).

Als grundlegend für die Entwicklung seiner Theorie bezeichnet Güthe die Einteilung der dinglichen Rechte in Substanzrechte, d. h. solche Rechte, welche die Sache in ihrem Bestande erfassen, und Wertrechte, d. h. solche, die sich an den Wert der Sache wenden. Zu letzteren gehöre die Hypothek. Ihr Inhalt bestimmt sich aber nicht ausschließlich danach, wie weit der Wert der Sache ergriffen wird, denn dann würde die Hypothek in die Rolle eines dinglich gemachten Forderungsrechtes (einer Realobligation) herabgedrückt werden. Dies aber würde zu einer Verquickung von Obligationen- und Sachenrechten führen, die im BGB. keine Stütze fände. Die Wertrechte müßten im Gegenteil ihrem Inhalt nach auch zu der belasteten Sache selbst in einer rechtlichen Beziehung stehen. Diese Beziehung zum belasteten Grundstück aber würde dadurch hergestellt, daß vermittels des Grundbuchrechts die dinglichen Rechte an Grundstücken einen ganz bestimmten Rang gegenüber dem Grundstück, also gegenüber der Gesamtheit von rechtlichen Bestandteilen, erhielten. Dieser Rang, welcher die Befugnisse der an demselben Grundstück be-

[1]) so Predari, Einleitung § 9, I, 3, S. 124.
[2]) Vgl. hierzu Güthe, S. 1945.

stehenden Rechte gegeneinander abgrenze, ermögliche auch eine Regelung des Rechtsverhältnisses zwischen den dinglichen Rechten und dem Eigentum. Bildlich könne diese gegenseitige Abgrenzung der Rechte durch eine Rangsäule dargestellt werden.

Vermittels solcher Theorie der Rangsäule müsse man dann zu folgender Definition der Hypothek gelangen: „Die Hypothek ist das dingliche Recht an dem Grundstückseigentum in seiner Gebundenheit an eine bestimmte Rangstelle, auf Grund dessen an den, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, eine bestimmte Geldsumme zur Befriedigung wegen einer ihm zustehenden Forderung aus dem Grundstück zu zahlen ist".

Diese Theorie unterscheide sich daher von Obernecks Theorie der Wertteile dadurch, daß das Grundstück selbst als Träger der Hypothek angesehen wird, während Oberneck eine Zerlegung des Grundstücks in Wertteile vornimmt.

Die Bemühungen Güthes, eine „umfassendere" Erklärung der Hypothek zu geben, nur weil in der Begriffsbestimmung der Hypothek nach der herrschenden Wertaneignungstheorie keine klare Scheidung des Hypothekenrechts und des Eigentumsrechts enthalten sei, sind m. E. müßig. Die von Güthe angegriffene Begriffsbestimmung reicht vollkommen aus, um den Inhalt des Hypothekenrechts wiederzugeben. Auch ist es schwer verständlich, wie dadurch die Hypothek in die Rolle der Realobligationen herabgedrückt werden sollte. Daß der Eigentümer ebenfalls ein Aneignungsrecht und zwar auf den von den Hypotheken nicht ergriffenen Erlös besitzt, ist doch eine Selbstverständlichkeit, der gegenüber es gar keiner besonderen Hervorhebung des Hypothekenrechts bedarf. Das erklärt sich einfach daraus, daß das Eigentum das umfassendste dingliche Recht ist, durch dessen Einschränkung das Hypothekenrecht überhaupt erst entstehen konnte. Das Eigentum kann immer in vollem Umfange ausgeübt werden, soweit es nicht durch beschränkte dingliche Rechte eingeschränkt ist. Ebensowenig bedarf es einer begrifflichen Feststellung des Inhalts, den die Hypothek hat, „bevor" die Zwangsvollstreckung betrieben wird. Die Hypothek ist Verwertungsrecht und als solches erschöpft sich ihr Inhalt eben „in" der Ausübung des Rechts, welche hier in den Formen der Zwangsvollstreckung geschieht. — Ist die

Güthe'sche Theorie also schon ihrem Beweggrund nach verfehlt, so gilt das gleiche für die Mittel, die zu ihrer Entwicklung verwandt werden. Güthe erhebt nämlich ebenso wie Oberneck den Rang der Hypothek zu einem begrifflichen Merkmal des Hypothekenrechts. Der Rang gehört aber nicht zum Inhalt. Er darf deswegen nicht zum Inhalt gehören, weil er, wie bereits ausgeführt, gar kein fester ist. Der Rang kann sich jederzeit ändern, weil in unserem BGB. das Prinzip der festen Rangstellen nicht enthalten ist. Die Theorie der Rangsäule ist also abzulehnen.

D. Rechtsnatur des hypothekarischen Anspruchs.

§ 8. I. Stellung des hypothekarischen Befriedigungsrechts innerhalb der verschiedenen Rechtskategorien.

Als Ergebnis der bisherigen Erörterungen ist dreierlei festzustellen:

1. Die Hypothek ist ein dingliches, d. h. ein absolutes Recht. Gegenstand dieses Rechts ist das ganze Grundstück, nicht sein Wert oder ein Teil seines Wertes.

2. Die Hypothekenbestellung an einem Grundstück begründet für den jeweiligen Eigentümer keinerlei Leistungspflicht gegenüber dem Hypothekengläubiger. Alle Theorien, die einen Anspruch des Hypothekengläubigers auf eine solche Leistung des Eigentümers bejahen, sind abzulehnen.

3. Die Hypothek gewährt in ihrer Eigenschaft als Pfand- und Verwertungsrecht dem Berechtigten die Befugnis, wegen seiner Forderung Befriedigung aus dem Grundstück und den mithaftenden Gegenständen im Wege der Zwangsvollstreckung zu suchen.

Diese Befugnis kann nur realisiert werden, wenn der Hypothekengläubiger sich im Besitz eines vollstreckbaren Urteils befindet[1]), auf Grund dessen er die Zwangsvollstreckung zu be-

---

[1]) ausgenommen den Fall, in welchem der Hypothekar sich im Besitz einer Urkunde i. S. von § 794, Ziff. 5, ZPO. befindet, in welcher der Grundstückseigentümer sich der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen hat.

treiben vermag. Er muß also zunächst erst einmal Klage erheben. Es entsteht daher die weitere Frage: Welches Recht, welchen Anspruch macht der Hypothekar mit der Hypothekenklage geltend? Was ist der Inhalt, die Rechtsnatur des hypothekarischen Anspruchs? Was versteht man unter dem Wort „Anspruch" in diesem Sinne überhaupt?

Die Rechtsnatur des aus einem Rechtsverhältnis entspringenden Rechts bestimmt sich nach der Rechtsmacht, welche das betreffende Rechtsverhältnis dem Berechtigten verleiht. Um auf die eben aufgeworfenen Fragen Antwort geben zu können, bedarf es daher eines Eingehens auf die drei großen Kategorien, in welche man die aus den verschiedenen Rechtsverhältnissen entspringenden Rechte, je nach der ihnen innewohnenden Rechtsmacht, eingeteilt hat. Man unterscheidet

a) Beherrschungsrechte
b) Ansprüche
c) Rechte auf Rechtsänderung.

a) Beherrschungsrechte gewähren dem Berechtigten die Rechtsmacht auf ein bestimmtes Objekt (Person, Sache, Recht, Geistesprodukt, Vermögen), einzuwirken, resp. fremde Einwirkung auf dasselbe auszuschließen. Sie sind absolute (allwirksame) Rechte. Zu ihnen gehören außer Familien-, Erb-, Urheberrechten und anderen, vor allem die Rechte an körperlichen Sachen (also die dinglichen Rechte), welche im Gegensatz zu den anderen Beherrschungsrechten nur Sachen zum Gegenstand haben und diese unmittelbar ergreifen.

Die Hypothek ist, wie oben klarzulegen versucht wurde, ein solches dingliches Recht, d. h. auch sie begründet eine absolute Rechtsmacht über das belastete Grundstück. Das äußert sich insbesondere in der Befugnis, jede Einwirkung Dritter auf das Grundstück und somit auf die Sicherheit des Hypothekenrechts auszuschließen. Es fragt sich nun, ob auch das mit der Hypothekenklage geltend gemachte Recht das belastete Grundstück als seinen Gegenstand ergreift. Ob, mit anderen Worten, das Hypothekenrecht dem Berechtigten in bezug auf die Geltendmachung des Befriedigungsrechts die Rechtsmacht verleiht, auf das Grund-

stück selbst einzuwirken, und sich somit als ein dingliches und absolutes Recht erweist.

Inhalt und Ziel des mit der Hypothekenklage geltend gemachten Rechts muß sein, ein Urteil zu erlangen, das die Durchführung der Zwangsvollstreckung ermöglicht[1]). Der Hypothekengläubiger wirkt daher mit der Hypothekenklage nicht auf das Grundstück selbst ein, sondern das Bestreben der Klage geht dahin, eine Einwirkungsmöglichkeit auf das Eigentum am Grundstück zu erlangen. Das Grundstück selbst bleibt durch die Hypothekenklage sowohl, als auch durch die darauf erfolgende Zwangsvollstreckung vollkommen unberührt. Beide haben — wie unten noch näher darzulegen sein wird — das Eigentumsrecht des Grundstückseigentümers zum Gegenstand.

Wir kommen daher zu dem Ergebnis, daß das aus dem dinglichen absoluten Hypothekenrecht entspringende Befriedigungsrecht selbst kein Herrschaftsrecht ist und ihm aus diesem Grunde, obwohl aus einem dinglichen Rechtsverhältnis stammend, keine dingliche und absolute Rechtsnatur zuzuerkennen ist. Daran ändert nichts, daß das Befriedigungsrecht gegen jeden Dritten, vor allem gegen den Eigentümer selbst, sowie dessen persönliche Schuldner und die nachstehenden Hypothekare durchgesetzt werden kann. Die Rechtsmacht, jeden Dritten mit dem Vorzugsrecht der Hypothek auszuschließen, wohnt nicht dem aus der Hypothek entspringenden Recht auf Befriedigung inne, sie ist vielmehr eine anderweitige Befugnis, welche das Hypothekenrecht in seiner Eigenschaft als dingliches Recht gewährt. Das Ausschließungsrecht ist lediglich ein Ausfluß der Allwirksamkeit des Hypothekenrechts, nicht des aus ihm entspringenden hypothekarischen Anspruchs.

b) Die zweite Kategorie der Rechte sind die Ansprüche, welche, je nach dem Rechtsverhältnis, dem sie entspringen, in obligatorische oder dingliche Ansprüche zerfallen.

1. Die obligatorischen (persönlichen) Ansprüche entspringen den Forderungsrechten. Der Gläubiger ist hier berechtigt, von einer ganz bestimmten Person, nämlich dem Schuldner, eine ganz

---

[1]) Vgl. hierzu Enneccerus § 131, Anm. 16.

bestimmte Leistung (d. h. gemäß § 194 BGB. ein Tun oder Unterlassen) zu fordern. Dieser sog. „obligatorische Anspruch" geht also auf Leistung und die auf Grund eines solchen obligatorischen Anspruchs angestrengte Klage würde Tätigung der Leistung durch den Schuldner resp. deren Erzwingung im Wege der Zwangsvollstreckung zum Endziel haben.

Als „obligatorischer Anspruch", also als Forderungsrecht, würde der mit der Hypothekenklage geltend zu machende Anspruch von den Vertretern der Theorien aufzufassen sein, welche in dem der Hypothek entspringenden Befriedigungsrecht die Befugnis erblicken, von dem Eigentümer Zahlung der Hypothekensumme verlangen zu können. Das gleiche gilt für die Vertreter solcher Ansichten, welche zwar ein Recht auf „Zahlung" seitens des Eigentümers verneinen, dafür aber ein Recht des Hypothekengläubigers und damit eine Pflicht des Grundstückseigentümers auf „Duldung der Zwangsvollstreckung" in das Grundstück annehmen. Auch hier würde sich die Hypothekenklage — ganz abgesehen von der Frage, ob die Pflicht zur „Duldung der Zwangsvollstreckung" nicht etwa dem öffentlichen Recht angehört[1]) — auf eine Leistung des Eigentümers, und zwar auf eine Unterlassung, die Nichthinderung der Zwangsvollstreckung richten. Da wir aber oben klarzulegen versucht haben, daß das Hypothekenrecht als rein dingliches Recht keinerlei Forderungsrechte gegen den Eigentümer des Grundstücks begründet und daher sowohl eine Pflicht zur Zahlung der Summe, als auch eine Pflicht zur Duldung der Zwangsvollstreckung seitens des Eigentümers abzulehnen ist, kommen wir zu dem Ergebnis, daß das mit der Hypothekenklage geltend zu machende Recht des Gläubigers von uns nicht als „obligatorischer" Anspruch in dem eben auseinandergesetzten Sinne charakterisiert werden kann.

2. Die sog. „dinglichen" Ansprüche entspringen den dinglichen Rechtsverhältnissen. Diese stellen, wie bereits ausgeführt, eine unmittelbare Rechtsbeziehung zwischen dem Berechtigten und der belasteten Sache her und sind im Gegensatz zu den Forderungsrechten, welche stets einseitig wirken, absolute Rechte.

---

[1]) Vgl. hierzu Nissen, a. O., S. 437.

Sie wirken nicht nur gegen einen bestimmten Schuldner, sondern gegen jeden Dritten, der das Recht in irgend einer Weise beeinträchtigt. Deshalb hat man sie auch „allwirkende" Rechte genannt. Sie sind aber besser mit Leonhard[1]) „allwirksame" Rechte zu nennen, denn dadurch kommt erst deutlich die Tatsache zum Ausdruck, auf die es hier jetzt ankommt, daß sie dem Berechtigten nämlich erst mit dem Augenblick einen „Anspruch" gewähren, in welchem sie von einem Dritten verletzt werden. Vor einer solchen Verletzung steht dem Berechtigten keine „allwirkende", sondern nur eine für den Fall einer Beeinträchtigung jederzeit „allwirksame" Befugnis zu, in der Rechtsherrschaft über die belastete Sache nicht gestört zu werden. Diese Befugnis ist noch kein Anspruch im Sinne des § 194 BGB.

Der durch die Verletzung des dinglichen Rechts ausgelöste sog. „dingliche" Anspruch zielt auf Unterlassung der Beeinträchtigung resp. Herstellung eines dem dinglichen Recht entsprechenden Zustandes, also ebenfalls auf Leistung im Sinne § 194 BGB. Wäre daher ganz allgemein die Kennzeichnung des hypothekarischen Anspruchs als „dinglichem Anspruch" aus dem oben schon bei den obligatorischen Ansprüchen angeführten Grunde zu verneinen, so ist hier noch im speziellen darauf hinzuweisen, daß das mit der Hypothekenklage geltend zu machende Recht auch garnicht der Verletzung des Hypothekenrechts entspringt. Dadurch, daß der Grundstückseigentümer nicht freiwillig die Hypothekensumme zahlt (§ 1142 BGB.), wird das absolute Hypothekenrecht nicht verletzt. Das Befriedigungsrecht ist im Gegenteil eine selbständige, von einer Beeinträchtigung des Hypothekenrechts unabhängige Befugnis. Auch aus diesem Grunde kann daher der hypothekarische Anspruch nicht unter die Kategorie der dinglichen Ansprüche eingereiht werden.

Wie oben mehrfach angedeutet, bezeichnet das BGB. gemäß § 194 mit dem Wort „Anspruch" nur Rechte, denen die Rechtsmacht innewohnt, von einem andern ein Tun oder Unterlassen, also eine Leistung im Sinne von § 241 BGB. zu fordern. Obligatorische wie dingliche Ansprüche sind hiernach, was den

[1]) Leonhard a.a.O., S. 8.

Inhalt der Rechtsmacht anbetrifft, identisch. Beide sind, da stets gegen eine bestimmte Person, den Schuldner oder den Verletzer des dinglichen Rechts, gerichtet, relative Rechte. Sie unterscheiden sich ihrem verschiedenen Herkommen nach dadurch, daß der obligatorische Anspruch von vornherein fest gerichtet ist, während der dingliche Anspruch erst zur Herbeiführung eines der dinglichen Herrschaft entsprechenden Rechtszustandes dient, er also im Entstehen von der Beeinträchtigung des dinglichen Rechts abhängt. Der obligatorische wie der dingliche Anspruch, also schlechtweg der Anspruch des BGB., geht, wie nochmals ausdrücklich hervorgehoben werden soll, auf Leistung, welcher begriffsnotwendig eine Leistungspflicht gegenüberstehen muß. Wenn wir gerade deswegen dem aus der Hypothek entspringenden Befriedigungsrecht die Rechtsnatur des „Anspruchs" im Sinne des § 194 BGB. abgesprochen haben, so kommen wir mit zwingender Notwendigkeit zu dem Ergebnis, daß der „hypothekarische" Anspruch überhaupt kein „Anspruch" im Sinne des bürgerlichen Rechts ist!

Es entsteht somit die Frage, was für ein Anspruch mit der Hypothekenklage erhoben wird, wenn der hypothekarische Anspruch mit dem Begriff des bürgerlichen Anspruchs nicht zu identifizieren ist. Die Antwort auf diese Frage kann hier nur lauten: Wenn der hypothekarische Anspruch kein zivilrechtlicher ist, so muß er ein Anspruch im Sinne des öffentlichen Rechts, des Zivilprozeßrechts sein.

Der Ausdruck „Anspruch" wird im Zivilprozeß in zweifacher Bedeutung gebraucht. Einmal versteht man darunter das mit einem subjektiven Privatrecht verbundene Recht auf gerichtlichen Schutz. Dieses öffentlichrechtliche Klagrecht, der sog. „Rechtsschutzanspruch"[1]) richtet sich im Gegensatz zu dem privatrechtlichen Anspruch gegen den Staat als Träger der Gerichtsgewalt. Sein Inhalt geht auf Erlaß eines dem Schutzsuchenden günstigen Urteils[2]). Das Bestehen eines solchen subjektiven (öffentlichen) Rechtsschutzanspruchs ist überdies

[1]) Wach, Handbuch des Zivilprozeßrechts I, S. 19ff.
[2]) Enneccerus I, 1, § 205, I.

sehr bestritten. Es ist hier aber nicht der Ort, dieser in der Literatur ausführlich behandelten Streitfrage nachzugehen. Für den hypothekarischen Anspruch ist aus dem Obigen zu folgern, daß er in der Bedeutung als Rechtsschutzanspruch aufgefaßt, ebenfalls nur als Anspruch auf Erlaß eines günstigen Urteils gedeutet werden kann. Hiermit ist aber für die hier in Frage stehende Erklärung der Rechtsnatur des mit der Hypothekenklage geltend gemachten Rechts nichts gedient.

Des weiteren versteht man unter dem Wort „Anspruch" im Zivilprozeß vor allem die „Rechtsbehauptung"[1]) des Klägers bei Klageerhebung. In dieser Bedeutung ist der „Anspruch" entscheidend für die Abgrenzung der Aufgaben des Klägers gegenüber denen des Richters. Der Kläger muß dem Richter nämlich nicht nur die historischen Tatsachen, die der Klage vorausgehen, unterbreiten, sondern gleichzeitig, gestützt auf diesen Tatbestand, eine bestimmte Rechtsfolge als bestehend oder nicht bestehend für sich in Anspruch nehmen. Er tut dies durch die Stellung eines bestimmten Antrags, durch den er dem Richter zu erkennen gibt, worauf sein Klagbegehren gerichtet ist. Wenn wir also von einem hypothekarischen Anspruch reden, von dem wir wissen, daß er dem Anspruch im Sinne von § 194 BGB. nicht gleichbedeutend ist, so kann nach dem eben Ausgeführten das Wort „Anspruch" hier nur im Sinne der Rechtsbehauptung des Hypothekengläubigers zum Zwecke der Erlangung des Rechtsschutzes aufgefaßt werden.

Mit dieser Feststellung ist nun zwar die Berechtigung klargelegt, überhaupt von einem hypothekarischen „Anspruch" sprechen zu dürfen, es ist aber immer noch nicht erklärt, welcher Art das Recht ist, das der Hypothekar mit der Geltendmachung des hypothekarischen Anspruchs behauptet. Um dieses endgültig feststellen zu können, bedarf es erst noch eines Eingehens auf die dritte bereits erwähnte Kategorie von Rechten, die Gestaltungsrechte.

c) Unter Gestaltungsrechten oder Rechten auf Rechtsänderung versteht man die Rechtsmacht, vermöge deren von dem

[1]) so im Anschluß an Rosenberg a. a. O., S. 238, Hellwig, System S. 5, Anm. 4, S. 38.

Berechtigten eine Rechtsänderung, d. h. die Entstehung, Aufhebung oder Veränderung subjektiver Rechte entweder selbst bewirkt werden kann oder zu seinen Gunsten auch ohne seinen Willen eintritt[1]). Während die oben erörterten (absoluten) Beherrschungsrechte und (relativen) Ansprüche eine unmittelbare Rechtsbeziehung zwischen dem Berechtigten einerseits und einer Sache oder einer Person andererseits herstellen, auf Grund deren der Berechtigte auf die bestimmte Sache oder Person, gegen die sich sein Recht richtet, unmittelbar einzuwirken imstande ist, richten sich die Gestaltungsrechte in erster Linie gegen Rechte eines andern, so daß die Einwirkung auf ein solches Recht erst mittelbar eine Person oder Sache trifft. Wegen dieses Unterschiedes hat man die Beherrschungsrechte und die Ansprüche auch primär, die Gestaltungsrechte dagegen nur sekundär wirkende Rechte genannt[2]).

Die Ausübung eines Gestaltungsrechts wirkt konstitutiv. Es wird damit das Recht eines anderen verändert und so ein Rechtszustand geschaffen, der vorher noch nicht vorhanden war, jetzt aber nicht nur von dem ursprünglichen Rechtsinhaber, sondern auch von jedem Dritten respektiert werden muß.

Die rechtsändernde Wirkung selbst kann auf verschiedene Weise herbeigeführt werden. So einmal durch bloßen (formellen oder formlosen) Willensakt des Berechtigten, wie bei den Anfechtungs-, Rücktritts- oder Kündigungsrechten. Andererseits tritt die Rechtswirkung durch eine rechtlich relevante Handlung des Berechtigten, wie z. B. die Okkupation einer herrenlosen Sache, ein. Es gibt aber auch Fälle, in denen eine bloße Willenserklärung oder andersartige Handlung des Berechtigten allein nicht genügt, sondern zur Bewirkung der Rechtsgestaltung noch die Mitwirkung des Gerichts (wie bei dem Recht auf Ehescheidung) oder einer anderen Behörde (z. B. Verwaltungsbehörde, wie beim Enteignungsrecht) nötig ist. Schließlich kann sich die Rechtsänderung aber auch ohne jede Mitwirkung des Willens des Berechtigten vollziehen. Beispiel hierfür ist das Recht des Finders gemäß § 973 BGB. „mit dem Ablauf eines Jahres seit der Anzeige" das

[1]) Enneccerus I, 1, § 66, III.
[2]) Lutz a.a.O., S. 38.

Eigentum zu erwerben, sofern nicht vorher der Empfangsberechtigte ihm bekannt geworden ist oder sein Recht bei der Polizeibehörde angemeldet hat[1]). Das Charakteristische der Gestaltungsrechte ist aber vor allem, daß sie nicht wie die den Beherrschungs- und Forderungsrechten entspringenden Ansprüche durch die Leistung eines Anspruchsgegners erfüllt werden. Das Wesen der Gestaltungsrechte besteht gerade darin, daß sie ohne eine Verpflichtung irgend einer Person durchgesetzt werden.

Wegen dieser letzterwähnten Tatsache, daß die Gestaltungsrechte eben keinen Anspruch also die Pflicht zu einem bestimmten Tun oder Unterlassen begründen, hat man überdies das Bestehen eines materiell- (privat-) rechtlichen Rechts auf Rechtsänderung bestritten. Statt dessen hat man ein öffentliches Recht auf Rechtsänderung gegen den Staat angenommen, weil der Staat allein zur Vornahme der Rechtsänderung verpflichtet und in der Lage sei. Daß diese Auffassung verfehlt ist, geht allein schon aus dem Beispiel hervor, daß der Berechtigte kraft ausdrücklicher Gesetzesbestimmung in der Lage ist, durch einfache Erklärung einer Anfechtung oder Kündigung eine Rechtsänderung herbeizuführen. Die Gestaltungsrechte beruhen eben unmittelbar auf Anordnung der Rechtsordnung und deshalb sollte ihre materielle Natur nicht bestritten werden[2]).

Was geht nun aus der Schilderung der Gestaltungsrechte für die rechtliche Charakterisierung des Befriedigungsrechts aus der Hypothek, dem sog. hypothekarischen Anspruch, hervor?

Hier ist an erster Stelle festzustellen, daß das Befriedigungsrecht des Hypothekars in dem wesentlichsten Punkte mit den Gestaltungsrechten übereinstimmt, indem es nämlich ebensowenig wie diese, die Leistung einer bestimmten Person zum Gegenstande hat. Mit dieser Feststellung setzen wir uns nochmals ausdrücklich in schärfsten Gegensatz zu den Vertretern solcher Ansichten, die einen Anspruch des Hypothekars auf eine Leistung des Grundstückseigentümers annehmen. Dem Anspruch auf eine Leistung muß eine Pflicht auf Seiten eines Schuldners gegenüberstehen. Eine Pflicht besteht aber nur da, wo das Gesetz kraft Rechtsbefehls

[1]) Vgl. Enneccerus I, 1, § 66, Anm. 11.
[2]) s. Rosenberg a.a.O., S. 245.

einer Person ein bestimmtes Verhalten gebietet. Hier gibt es nur zwei Möglichkeiten. Entweder wird ein positives Tun oder aber ein Unterlassen anbefohlen, wobei der Rechtsbefehl zur Unterlassung in dem Verbot einer eigenen Handlung oder aber in dem Gebot der Nichthinderung einer fremden Handlung bestehen kann. Durch das Befriedigungsrecht des Hypothekars wird dem Grundstückseigentümer garnichts vom Gesetz befohlen. Es wurde an anderer Stelle dieser Arbeit schon ausführlich dargelegt, daß ein positives Tun — wobei hier nur Zahlung der Hypothekensumme in Betracht kommen kann — auf Grund des Hypothekenrechts von dem Eigentümer nicht verlangt werden kann. Aber auch eine Pflicht zur Unterlassung, insbesondere zur Duldung, d. h. Nichthinderung der vom Gläubiger betriebenen Zwangsvollstreckung, ist für den Grundstückseigentümer nirgends im Gesetz begründet. Wenn eine solche von anderer Seite behauptet wird, so beruht das allein auf einer Verkennung des Pflichtbegriffs.

Eine Duldungspflicht kann nach dem eben Gesagten nur da bestehen, wo der Wille des Verpflichteten durch Rechtsbefehl zu einem Unterlassen bestimmt werden soll. Nicht von Duldungspflicht, sondern höchstens von „Erduldungspflicht" ist aber in den Fällen zu sprechen, „wo ein passives Verhalten unabhängig von dem Willen durch vis absoluta erzielt wird"[1]). Letzteres ist aber bei dem Hypothekenrecht der Fall. Der Hypothekengläubiger wendet sich zum Zwecke der Durchsetzung seines Rechts an den Staat. Ein staatliches Organ greift selbsthandelnd mittels hoheitlichen Zwanges ein und es wird hier nicht einmal der Versuch gemacht, auf den Willen des Grundstückseigentümers einzuwirken. Es wäre auch vollkommen zwecklos, an den Willen einer diesem tatsächlichen Zwange unterworfenen Person noch einen besonderen Rechtsbefehl zur Duldung dieses Zwanges zu erlassen. Wenn man trotz alledem an dem Begriff einer Verpflichtung zur Duldung festhalten will, so kann diese nur im Sinne einer allgemeinen Gehorsamspflicht verstanden werden. Diese trifft aber alle Untertanen gleichmäßig und hat keinerlei privatrechtlichen Charakter. Eine privatrechtliche Pflicht des Grundstückseigentümers zur Duldung der Zwangsvollstreckung gibt es nicht!

[1]) Lehmann: Unterlassungspflicht im bürgerlichen Recht, S. 37.

Es wurde bereits erwähnt, daß Zweck der Hypothekenklage nur der sein könne, ein zur Einleitung der Zwangsvollstrekkung in das Grundstück geeignetes Urteil in die Hand zu bekommen, um dann mit Hilfe der Zwangsvollstreckung auf das Eigentum am Grundstück in der Weise einwirken zu können, daß dies entweder durch die Zwangsversteigerung zerstört oder aber durch Zwangsverwaltung zu Lasten des Grundstückseigentümers in erheblichem Umfang eingeschränkt wird. Der hypothekarische Anspruch zielt also von vornherein darauf ab, eine Änderung der Eigentumsverhältnisse, eine Zustandsänderung, herbeizuführen. Letztere kann aber hier nicht, wie bei dem Kündigungs- oder Anfechtungsrecht, durch bloße Willenserklärung des Hypothekars bewirkt werden, denn die Befriedigung aus dem Grundstück darf laut ausdrücklicher Bestimmung des § 1147 BGB. einzig und allein im Wege der Zwangsvollstreckung geschehen. Hiermit ist der Hypothekar von dem Gesetzgeber in bezug auf die Durchsetzung seines materiellen Befriedigungsrechts auf ein Institut des öffentlichen Rechts verwiesen, das seiner ursprünglichen Bestimmung nach ganz anderen Zwecken, nämlich der zwangsweisen Durchsetzung verweigerter Rechtspflichten zu dienen bestimmt ist. Die Zwangsversteigerung soll dem Hypothekengläubiger nun zwar unmittelbar, nicht erst ersatzweise zu seinem Recht verhelfen. Deswegen kann er aber nicht unmittelbar die Vollziehung der Zwangsvollstreckung verlangen[1]). Er muß vielmehr, da er nun einmal zur Realisierung seines Befriedigungsrechts auf ein Rechtsinstitut angewiesen ist, dem der Zweck der unmittelbaren Erfüllung von Rechten zu dienen fremd ist, erst die für dieses Institut sonst erforderlichen Voraussetzungen, hier also ein vollstreckbares Urteil, schaffen. Der Hypothekar ist, mit anderen Worten, zur Durchsetzung seines auf Änderung des Eigentums am Grundstück abzielenden Befriedigungsrechts auf die Hilfe des Gerichts angewiesen. Letzteres ist aber kein Grund, für den hypothekarischen Anspruch die Rechtsnatur eines Gestaltungsrechts zu verneinen. Denn wir haben oben gesehen, daß auch bei anderen Rechten auf Rechtsänderung, wie z. B. bei dem Recht auf Ehescheidung, dieses Recht nicht allein durch

[1]) abgesehen von den schon S. 34, Anm. 1, erwähnten Fall.

einfache Willenserklärung, sondern erst durch deren Verbindung mit einem behördlichen Akt durchgesetzt werden kann.

Ein Unterschied besteht aber zwischen solchen Gestaltungsrechten, wie dem eben erwähnten Recht auf Ehescheidung und dem hypothekarischen Recht auf Befriedigung in bezug auf den Eintritt der Rechtsänderung. Bei ersteren tritt die Rechtsänderung nämlich mit der Rechtskraft des auf die Klage ergangenen Urteils ein. Bei dem Hypothekenrecht hingegen muß nach Erlaß des Urteils erst noch ein weiterer Akt, die Durchführung der Zwangsvollstreckung, hinzukommen, um die Rechtsänderung definitiv zu bewirken. Aus diesem letzten Grunde besonders hat man auch von anderer Seite bestritten, daß dem hypothekarischen Anspruch die Rechtsnatur eines Gestaltungsanspruchs zuzuerkennen sei. Dem ist aber zu entgegnen, daß sehr wohl ein Fall denkbar ist, in welchem auf eine erhobene Klage zunächst erst ein Urteil ergeht, das ein Gestaltungsrecht als zu Recht bestehend anerkennt und dann auf Grund dieses Urteils mittels eines weiteren behördlichen Aktes die Rechtsänderung bewirkt wird. Dieser Weg wird z. B. im französischen im Gegensatz zum deutschen Recht für die Herbeiführung der Ehescheidung eingeschlagen[1]). Während bei uns das Urteil selbst die Scheidung erklärt und nach Ablauf der Rechtsmittelfrist, also mit Rechtskraft des Urteils, die Scheidung verwirklicht ist, wird im französischen Recht durch das Gericht nur die Zulässigkeit der Scheidung ausgesprochen und auf Grund dieser Zulässigkeitserklärung die Scheidung selbst erst durch einen weiteren Akt des Standesbeamten vollzogen.

Nach der ausführlichen Behandlung der drei Kategorien von Rechten kommen wir zu dem Ergebnis, daß das Befriedigungsrecht aus der Hypothek, der hypothekarische Anspruch, nur ein Gestaltungsrecht sein kann[2]). Unter die absoluten Herrschaftsrechte ist er vor allem deshalb nicht einzureihen, weil er gar keine Einwirkung auf das Grundstück selbst, sondern nur auf das Eigentumsrecht am Grundstück gestattet. Aber auch als relatives Forderungsrecht kann er nicht gekennzeichnet werden, da dem

[1]) Lutz a.a.O., im Anschluß an Hellwig I, S. 48; Kisch Beiträge S. 59: unter Bezugnahme auf Art. 264 des Code Civil.

[2]) als solches faßt es auf Wolff, § 131, Leonhard a.a.O., S. 34; Planck a.a.O. S. 36.

Hypothekar erstens kein Recht auf eine Leistung zusteht, und zweitens mit dem Befriedigungsanspruch kein Anspruch auf Herstellung eines dem dinglichen Recht entsprechenden Zustandes geltend gemacht wird. Mit den Gestaltungsrechten hat es dagegen alle wesentlichen Merkmale, insbesondere die Richtung auf eine Zustandsänderung, gemein.

§ 9. II. Der hypothekarische Anspruch als Gestaltungsrecht besonderer Art.

Nachdem wir festgestellt haben, daß der hypothekarische Anspruch seiner rechtlichen Natur nach ein Gestaltungsrecht ist, soll im folgenden des weiteren auch noch festzustellen versucht werden, zu welcher Art von Rechten auf Rechtsänderung das Hypothekenrecht gehört. Man hat die Gestaltungsrechte selbst wieder nach der Verschiedenartigkeit der Rechtsmacht eingeteilt, welche sie dem Berechtigten im einzelnen Falle verleihen[1]).

Eine Gruppe davon bilden zunächst die Erwerbsberechtigungen. Diese sind Rechte auf Erwerb eines Rechts durch eigene Handlung des Berechtigten oder auch ohne diese[2]). Zu ihnen gehören z. B. die Rechte auf Erwerb des Eigentums, wie das dem Landesrecht vorbehaltene Jagdrecht, das dem Berechtigten die ausschließliche Rechtsmacht verleiht, das Eigentum an jagdbaren Tieren durch Okkupation zu erwerben. Von den im BGB. geregelten Erwerbsrechten wären beispielsweise das Eigentumserwerbsrecht des Finders gemäß § 973 BGB., das Aneignungsrecht des Grundeigentümers an überragenden Wurzeln und Zweigen gemäß § 910 oder das Recht, des Besitzers einer fremden Sache, wesentliche von ihm mit der Sache verbundene Bestandteile gemäß § 997 BGB. abzutrennen und sich anzueignen, zu nennen. Bei allen diesen Rechten erwirbt der Berechtigte entweder originär, wie beim Jagdrecht, oder derivativ, wie bei den anderen als Beispiel angeführten Rechten genau das Recht, auf dessen Gestaltung sich die Rechtsmacht seines Rechts erstreckt.

---

[1]) Es wird hierbei im folgenden die bei Enneccerus, § 66, gegebene Einteilung zugrundegelegt.

[2]) Enneccerus, § 66, 3.

Im Gegensatz hierzu steht jedoch das Gestaltungsrecht des Hypothekars. Dieser soll auf Grund seines Gestaltungsrechts zwar auch etwas erwerben, dieses Etwas ist aber entweder der Erlös aus der Zwangsversteigerung des Grundstücks oder aber der Ertrag der Zwangsverwaltung. Er erwirbt, mit anderen Worten, das Eigentum an dem ihm vom Vollstreckungsbeamten ausgehändigten Gelde, nicht aber das Eigentum an dem belasteten Grundstück, auf dessen Gestaltung sein Befriedigungsrecht gerichtet ist. Aus diesem Grunde kann der hypothekarische Anspruch, obwohl er dem Hypothekengläubiger, wie gezeigt, ebenfalls ein Recht auf Erwerb gewährt, nicht unter die Erwerbsberechtigungen in dem eben ausgeführten Sinne gerechnet werden.

Als weitere Gruppe der Gestaltungsrechte sind die Aufhebungsrechte zu nennen. Hierunter hat man aber nicht sämtliche Rechte zu verstehen, die außer anderen Befugnissen auch die Möglichkeit in sich schließen, ein Recht aufzuheben, wie z. B. der Eigentümer eines Grundstücks jederzeit die Möglichkeit hat, sein Eigentum aufzugeben und auf diese Weise zustandsändernd zu wirken, sondern Aufhebungsrechte in dem hier zu kennzeichnenden Sinne sind vor allem solche Rechte, die von vornherein auf eine Änderung des bestehenden Rechtszustandes gerichtet sind. Zu den Aufhebungsrechten gehören daher in erster Linie die Anfechtungsrechte, Rücktrittsrechte, sowie Kündigungsrechte, die nicht nur dem Zwecke der Herbeiführung der Fälligkeit dienen, sondern den unmittelbaren Zweck haben, das zu kündigende Rechtsverhältnis zur Aufhebung zu bringen.

Zwischen diesen Rechten und dem Recht des Hypothekengläubigers besteht, was die Rechtsmacht anbetrifft, ein fremdes Recht zur Aufhebung zu bringen, eine sehr große Ähnlichkeit. Andererseits unterscheidet sich der hypothekarische Anspruch von den genannten Aufhebungsrechten erheblich dadurch, daß bei ihm die Aufhebung bzw. Einschränkung des Eigentumsrechts am Grundstück nur das Mittel ist, dem Hypothekar ein weiteres Recht, nämlich das Recht auf den Erwerb des aus der Zwangsvollstreckung gewonnenen Erlöses zu verschaffen. Die anderen Aufhebungsrechte hingegen haben ihren Endzweck in der Aufhebung des Rechts eines anderen und erlöschen mit Erreichung

dieses Zwecks. Außerdem führen sie meist durch bloße Handlung des Berechtigten selbst oder aber durch ein auf Grund des Aufhebungsrechts erlangtes Urteil die Rechtsänderung unmittelbar herbei. Im Gegensatz hierzu wird die rechtsändernde Kraft des Befriedigungsrechts erst durch den weiteren Akt der Zwangsvollstreckung zur Geltung gebracht. Aus diesen Gründen kann das Befriedigungsrecht des Hypothekars trotz der ihm ebenfalls innewohnenden Rechtsmacht auf Aufhebung eines fremden Rechts doch nicht mit den reinen Aufhebungsrechten auf eine Stufe gestellt werden.

Den eben betrachteten Aufhebungsrechten verwandt sind die Einreden. Diese sind Gegenrechte, vermöge deren man ein rechtsgültig begründetes Recht entweder zur Aufhebung bringen kann (wie nach richtiger Ansicht durch die ausschließenden Einreden) oder aber ein solches Recht als zeitweise unwirksam behandeln darf (so bei den aufschiebenden Einreden). Ebenso gehören zu dieser Unterart von Aufhebungsrechten die gegen begründete Einreden hervorgebrachten Repliken, vermöge deren man erstere als unwirksam behandeln darf. Das Hypothekenrecht hat aber mit dieser Art von Aufhebungsrechten überhaupt nichts gemein, so daß letztere hier keiner weiteren Erörterung bedürfen.

Dasselbe gilt von den noch nicht erörterten Rechtsänderungsrechten im engeren Sinne, welche darauf abzielen, ein bestehendes Rechtsverhältnis ohne Aufhebung seiner Identität zu verändern oder näher zu bestimmen und auch den vielen, zu den Gestaltungsrechten zählenden öffentlichen Rechten, die keinerlei Vergleichspunkte mit dem hypothekarischen Anspruch aufweisen.

Wir kommen daher zu dem Schluß, daß das Befriedigungsrecht des Hypothekars zu keinem der eben betrachteten Rechtsänderungsrechte gehört. Dies ist aber kein Grund, daraufhin für den hypothekarischen Anspruch die Rechtsnatur eines Gestaltungsanspruchs zu leugnen. Ihm wohnt ebenso wie den hier behandelten Rechten auf Rechtsänderung die Rechtsmacht inne, auf das Recht eines anderen, nämlich des Grundstückseigentümers, rechtsändernd einzuwirken. Bei dem Befriedigungsrecht des Hypothekars kommt nur noch die Besonderheit hinzu, daß er durch die Ausübung seines Gestaltungsrechts gleichzeitig ein wei-

teres Recht auf Erwerb des Grundstückerlöses erwirbt und die Rechtsänderung vor allem weder vom Hypothekar persönlich ausgeübt, noch durch ein gerichtliches Urteil unmittelbar herbeigeführt werden kann. Dies läßt die weitere Folgerung zu, daß wir in dem hypothekarischen Anspruch ein Gestaltungsrecht von besonderer Art zu erblicken haben.

E. Rechtsnatur der Hypothekenklage.

§ 10. Arten der Klagen. Die Hypothekenklage ist Gestaltungsklage.

Nachdem wir auf dem Wege über die Feststellung der Rechtsnatur der Hypothek zu der rechtlichen Charakterisierung des hypothekarischen Anspruchs gelangt sind, ist hiermit die Grundlage für die Untersuchung geschaffen, unter welche Art von Klagen nun die auf Grund des hypothekarischen Anspruchs angestrengte Hypothekenklage einzureihen ist.

Die Erkenntnis des hypothekarischen Anspruchs als ein Gestaltungsrecht besonderer Art läßt, wie sich aus dem Folgenden ergeben wird, noch nicht ohne weiteres den Schluß zu, daß die Hypothekenklage schlechtweg als Gestaltungsklage zu bezeichnen ist. Es bedarf vielmehr, insbesondere um eine Entscheidung über die Formulierung des Klagantrags und des Urteilstenors abgeben zu können, erst noch eines Eingehens auf das Klagensystem überhaupt.

Im Zivilprozeßrecht sind je nach dem mit der Klage in bezug auf die bestehende Rechtslage erstrebten Ergebnis drei Klagarten zu unterscheiden:

1. Die Verurteilungs- oder Leistungsklage.
2. Die Feststellungsklage.
3. Die Rechtsgestaltungs- oder Bewirkungsklage.

1. Die Verurteilungs- oder Leistungsklagen richten sich, wie übrigens auch die beiden anderen Klagarten, zunächst auf Feststellung des mit der Klage geltend gemachten Anspruchs[1]),

---

[1]) ZPO. § 767; vgl. Enneccerus, § 206, I.

also des Anspruchs in dem oben § 8 geschilderten prozessualen Sinne, welcher mit der Rechtsfolgebehauptung, dem Klagbegehren des Klägers, gleichbedeutend ist. Neben diesem allen drei Klagarten gemeinsamen Bestreben geht die Leistungsklage vor allem auf Erlaß eines Urteils, in welchem der Beklagte zu einer Leistung (Tun oder Unterlassen), verurteilt wird. Die auf eine Leistungsklage hin ergehenden Urteile enthalten den Befehl an den Beklagten, eine von ihm geschuldete Leistung zu bewirken. Sie setzen daher einen zur Zeit der Urteilsfällung vollgültigen und fälligen Anspruch im Sinne von § 194 BGB. voraus. Daneben besteht allerdings durch die Bestimmungen der §§ 257—259 ZPO. auch noch die Möglichkeit, Klage auf zukünftige Leistung zu erheben. Diese ist aber im Gegensatz zu den Klagen, welche die sofortige Befriedigung des Klägers bezwecken, nur unter ganz bestimmten Voraussetzungen gegeben und das Urteil hat hier nur auf Leistung bei Eintritt der Fälligkeit des geltend gemachten zivilrechtlichen Anspruchs zu lauten. Die Hauptbedeutung der Leistungsklage vor den beiden anderen Klagarten besteht darin, daß regelmäßig nur sie dem Kläger in dem den Leistungsbefehl an den Beklagten enthaltenden Urteil einen vollstreckbaren Titel verschafft, auf Grund dessen er die Leistung im Wege der Zwangsvollstreckung zu bewirken imstande ist.

Eine Gegenüberstellung der Hypothekenklage mit der eben skizzierten Leistungsklage zeigt, daß sie gerade in dem letzterwähnten Punkt, dem Bestreben, einen vollstreckbaren Titel zu erhalten, übereinstimmen. Ein Unterschied besteht aber schon in dem Zweck, zu dem der vollstreckbare Titel erstrebt wird. Mit der Vollstreckung des auf die Verurteilungsklage ergangenen Urteils sucht der Kläger für die ausgebliebene freiwillige Leistung seines Schuldners als Ersatz deren zwangsweise Herbeiführung zu bewirken. Bei der Hypothekenklage kann aber die Zwangsvollstreckung als Ersatz einer ausgebliebenen Leistung garnicht in Frage kommen, weil ihr kein materiellrechtlicher Anspruch gegen den Beklagten zugrunde liegt, was für die Leistungsklage Hauptvoraussetzung ist. Die Zwangsvollstreckung ist nach § 1147 BGB. das einzige Mittel zur Ausübung des Befriedigungsrechts. Sie ist mit anderen Worten, nicht Zwangsvollstreckung für das Befrie-

digungsrecht, sondern „die eigentliche und prinzipale Betätigung des Befriedigungsrechts selbst“[1]). Dies zeigt sich auch in der Verschiedenheit der Objekte, welche die Zwangsvollstreckung aus einem Verurteilungsurteil und die aus einem auf die Hypothekenklage ergangenen Urteil zum Gegenstand hat. Erstere richtet sich gegen das gesamte Vermögen des verurteilten Schuldners, letztere dagegen hat einzig und allein das mit der Hypothek belastete Grundstück als Befriedigungsobjekt zum Gegenstand.

Nach Obigem kommen wir zu dem Ergebnis, daß wir bei unserer Auffassung der Hypothek als rein dingliches Recht und des aus ihr entspringenden hypothekarischen Anspruchs als Gestaltungsrecht die Hypothekenklage nicht als Leistungsklage ansehen können. Die Ansicht, daß der Hypothekenklage die Rechtsnatur einer Verurteilungsklage zuzuerkennen sei, ließe sich nur dann vertreten, wenn man sich auf den Boden der Theorie der Realobligation oder der dinglichen Schuld stellte, welche beide eine Leistungspflicht des Eigentümers konstruieren. Diese sind aber von uns bereits ausführlich und entschieden abgelehnt worden.

Rosenberg[2]) macht den Versuch, neben dem Begriff der reinen Leistungsklage auch noch den Begriff einer Haftungsklage für solche Fälle wie den unseren aufzustellen, in denen der Gläubiger kraft Pfandrechts „aus“ der belasteten Sache Befriedigung sucht[3]), und in denen „es üblich“ sei, auf Duldung der Zwangsvollstreckung zu klagen und auch zu verurteilen. Der Unterschied zwischen dieser Haftungsklage und der Leistungsklage bestünde darin, daß der Beklagte bei ersterer nicht zu einer persönlichen Leistung der Schuld verurteilt würde.

Dieser Begriff der Haftungsklage ist abzulehnen. Es ist m. E. verfehlt, eine neue Klagart, wenn auch nur als Unterart der Leistungsklage, wie Rosenberg selbst betont, aufzustellen, weil es „üblich“ ist, auf „Duldung der Zwangsvollstreckung“ zu verurteilen. Logisch müßte eine solche Begründung gerade den umgekehrten Weg gehen und die Entwicklung ungefähr lauten: Weil aus den verschiedensten rechtlichen Gründen eine bestimmte

---

[1]) Nissen a.a.O., S. 438.
[2]) Rosenberg a.a.O., S. 240.
[3]) z. B. § 772, II, 1; 1003, I, 2; 1113, I und 1132, I, 2.

Klagart bestünde, deswegen müßte in dieser oder jener Weise beantragt und verurteilt werden. Auf diesem umgekehrten Wege käme aber auch Rosenberg nicht zu dem von ihm aufgefundenen Ergebnis, weil nämlich die sog. Haftungsklage Rosenbergs garnichts anderes als eine Leistungsklage ist. Wenn ich jemand zu einer Duldung irgendwelcher Art verurteile, so verurteile ich zu einer Leistung, die nach § 194 BGB. auch in einem negativen Handeln, einer Unterlassung, einem Dulden bestehen kann. Leistungsklage und Haftungsklage sind also identisch und nicht nur, wie Rosenberg meint, prozessual gleich zu behandeln. Der Begriff der Haftungsklage ist deswegen nicht nur verfehlt, sondern überhaupt überflüssig.

2. Die zweite Art der Klagen im Zivilprozeß ist die Feststellungsklage. Sie bezweckt, wie dies schon aus ihrem Namen hervorgeht, lediglich eine gerichtliche Feststellung und nicht, wie die Leistungsklage, darüber hinaus eine Verurteilung des Beklagten. Die Feststellungsklage findet ihre gesetzliche Grundlage in § 256 ZPO., der sowohl über ihren Inhalt, als auch über die näheren Voraussetzungen ihrer Zulässigkeit Auskunft gibt. Hiernach richtet sie sich nur auf richterliche Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines „Rechtsverhältnisses", nicht auf Feststellung einer Tatsache (eine Ausnahme hiervon bildet nur die Möglichkeit, auf Feststellung der Echtheit oder Unechtheit einer Urkunde klagen zu können, die hier jedoch nicht interessiert).

Ist daher schon durch diese Beschränkung auf die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens konkreter Rechtsverhältnisse das Anwendungsgebiet der Feststellungsklage im Vergleich zu dem der Leistungsklage erheblich eingeschränkt, so liegt der Hauptunterschied zwischen diesen beiden Klagen vor allem in der Verschiedenheit des Zwecks, dem sie zu dienen bestimmt sind. Die Leistungsklage hat die Durchsetzung eines materiellen Anspruchs zum Ziel, dessen Befriedigung sie dem Kläger gewährleisten soll. Hiermit ist zwecknotwendig das Erfordernis eines solchen Urteils verbunden, das die Grundlage für eine folgende Zwangsvollstreckung zu bilden imstande ist. Gerade dieses letzte Erfordernis fällt aber bei der Feststellungsklage fort. Ihr Zweck ist schon erfüllt, wenn das Bestehen oder Nichtbestehen

des strittigen Rechtsverhältnisses durch den Richter mittels autoritativen Urteils festgestellt ist. Diese Zweckerfüllung macht eine Zwangsvollstreckung nicht nur überflüssig, sondern auch die Annahme, daß das auf eine Feststellungsklage ergehende Urteil je einen vollstreckbaren Titel für eine Zwangsvollstreckung bilden könne, widersinnig. „Das Feststellungsurteil erschöpft sich in der ideellen Sicherung durch die Rechtskraft."

Neben der Voraussetzung, daß Gegenstand der Klage (mit der einen erwähnten Ausnahme) nur die Feststellung von Rechtsverhältnissen bilden dürfe, ist in § 256 ZPO. noch ein weiteres Erfordernis für die Zulässigkeit einer Feststellungsklage aufgestellt. Der Kläger muß ein „rechtliches Interesse an alsbaldiger Feststellung" haben. Hierbei ist der Begriff „rechtliches Interesse" sehr weit auszulegen und darunter „jedes die Rechtssphäre betreffende, also auf Lebensverhältnisse, die dem Recht unterstellt sind, bezügliche Interesse"[1]) zu verstehen. Das Interesse an „alsbaldiger" Feststellung wird meist dadurch begründet, daß der Beklagte dem Kläger das Festzustellende ausdrücklich oder stillschweigend bestritten hat. Klagvoraussetzung ist dieses Bestreiten jedoch nicht, da auch ohne dieses ein Interesse an sofortiger Feststellung denkbar ist. Auf jeden Fall liegt aber ein solches Interesse nicht vor, sobald der Beklagte bereits berechtigt ist, Klage auf Leistung gegen den Feststellungsgegner anzutragen.

Ein Vergleich der Hypothekenklage mit der Feststellungsklage speziell im Hinblick auf das letzterwähnte Erfordernis der Dringlichkeit ergibt, daß dessen Vorliegen bei der Hypothekenklage zweifellos zu bejahen wäre. Wenn die Hypothekenklage sich als eine Feststellungsklage herausstellen sollte, so wäre sie das einzige Mittel, mit dessen Hilfe der Hypothekengläubiger zur Verwirklichung seines Befriedigungsrechts gelangen könnte. Sobald daher die Voraussetzungen für die Geltendmachung des Befriedigungsrechts, wie Fälligkeit der Hypothekenforderung oder nutzloser Ablauf der dem Eigentümer zur Beseitigung von Einwirkungen auf das Grundstück gesetzten Frist[2]), vorhanden wären, müßte ein rechtliches Interesse des Hypothekars auf baldige

[1]) Enneccerus I, 1, § 206.
[2]) § 1133, BGB.

Feststellung seines Befriedigungsrechts anerkannt werden. Wie steht es aber mit dem evtl. festzustellenden Gegenstand bei der Hypothekenklage? Ist dieses ein Rechtsverhältnis, so daß damit auch die zweite Voraussetzung des § 256 ZPO. für die Hypothekenklage erfüllt wäre?

Um dies ermitteln zu können, müssen wir uns klar machen, daß das mit der Hypothekenklage geltend gemachte Befriedigungsrecht durch das Urteil noch garnicht zu einer endgültigen Erfüllung gelangen kann. Das Urteil bildet nur eine Vorstufe zu dem weiteren Akt der Zwangsvollstreckung, welche die Rechtsänderung in bezug auf das Eigentum am Grundstück bewirken soll. Wenn also mit der Hypothekenklage etwas festgestellt werden sollte, so könnte das nur die Zulässigkeit des Aktes der Zwangsvollstreckung sein, welche sich an die Klage unmittelbar anschließt. Das Urteil einer solchen Hypothekenklage hätte daher festzustellen, daß sämtliche Voraussetzungen gegeben seien, unter denen sich der Hypothekar im Wege der Zwangsvollstreckung aus dem Grundstück befriedigen dürfe.

Dies ist auch die Ansicht einer großen Anzahl von Schriftstellern, welche es ablehnen, in der Hypothekenklage eine Klage auf Zahlung der Hypothekensumme oder eine Klage auf Duldung der Zwangsvollstreckung zu sehen und daher zu dem Schluß kommen, daß es sich bei der Hypothekenklage einzig und allein um eine Feststellungsklage handeln könne[1]). Diese Ansicht ist m. E. schon deswegen verfehlt, weil die Feststellung „der Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung" selbst dann keine Feststellung eines „Rechtsverhältnisses" ist, wenn man die Bedeutung des Wortes „Rechtsverhältnis" in § 256 ZPO. auch noch so weit auslegen würde. Durch ein Urteil, das die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung ausspräche, würde lediglich das Vorliegen der Vorbedingungen für die nunmehrige Betätigung eines Instituts des öffentlichen Rechts, also etwas Prozessuales, festgestellt werden. Bei einer Feststellungsklage nach § 256 ZPO. kann es sich aber nur um die Feststellung eines gegenwärtigen materiellen Rechts-

---

[1]) Vgl. Dernburg a.a.O., S. 787/88; Nissen a.a.O., S. 437/38; Lutz a.a.O., S. 62ff; Gierke a.a.O., S. 855; Hirsch a.a.O., S. 78; Dümchen a. a. O., S. 414.

zustandes handeln, in dessen Fixierung als bestehend oder nichtbestehend sich die Aufgabe der Feststellungsklage erschöpft

Eben wegen dieser Beschränkung der Aufgabe und des Zwecks der Feststellungsklage ist ein auf sie ergehendes Urteil nie dazu geeignet, die Grundlage für eine nachfolgende Zwangsvollstreckung zu bilden. Das Feststellungsurteil kann mit anderen Worten nicht Vollstreckungstitel im Sinne des Zivilprozeßrechts sein. Dies zu bejahen, sind aber mit unvermeidlicher Konsequenz alle diejenigen gezwungen, die in der Hypothekenklage eine Feststellungsklage erblicken, sei es nun, daß sie das Feststellungsurteil für direkt vollstreckbar erklären[1]) oder aber das Wort Vollstreckbarkeit im Sinne des Zivilprozeßrechts in die Bedeutung von Gültigkeit, Rechtswirksamkeit, Unanfechtbarkeit[2]) oder Verwertbarkeit[3]) umdeuten und insofern also doch eine Vollstreckung des Feststellungsurteils für möglich halten. Eine solche Umdeutung ist aber speziell in bezug auf das Feststellungsurteil entschieden zu verwerfen.

Als Ergebnis des Bisherigen ist daher festzustellen, daß die Hypothekenklage schon wegen ihres von dem der Feststellungsklage abweichenden Zweckes nicht als Festellungsklage angesehen werden kann. Die Hypothekenklage bezweckt die Erlangung eines Vollstreckungstitels, die Feststellungsklage kann aber niemals einen Titel für die Zwangsvollstreckung liefern[4]), da sie ihrem Zwecke nach nicht der Befriedigung resp. der Durchsetzung von Rechten, sondern nur der Klarstellung von materiellen Rechtsverhältnissen dient und sich darin erschöpft. Daher ist, ganz abgesehen davon, daß es sich bei der Hypothekenklage auch garnicht um Feststellung eines Rechtsverhältnisses im Sinne von § 256 ZPO. handeln könnte, die Annahme, daß die Hypothekenklage eine Feststellungsklage sei, abzulehnen.

---

[1]) so Hirsch a.a.O., S. 455 in Verkennung des Zweckes der Feststellungsklage mit der aus der Obigen bereits zu widerlegenden Begründung, daß jede Leistungsklage „auch" Feststellungsklage sei.

[2]) Nissen a.a.O., S. 37.

[3]) Lutz a.a.O., S. 69.

[4]) Rosenberg a.a.O., S. 242; Hellwig, Anspruch und Klagrecht, S. 361, Anm. 48; Hein a.a.O., S. 154; Crome a.a.O., S. 755; Planck, § 784; Endemann a.a.O., S. 835; Stien a.a.O., S. 580.

Unterstützt wird unsere Auffassung, daß die Hypothekenklage keine Feststellungsklage sein könne, auch noch durch den Umstand, daß dem Berechtigten unter gewissen Voraussetzungen gemäß § 592 ZPO. zur Durchsetzung seines Befriedigungsrechts auch der Urkundenprozeß zur Verfügung steht. Wäre die Annahme richtig, daß der Hypothekenklage die Rechtsnatur einer Feststellungsklage zuzuerkennen sei, so müßte folgerichtig auch der Urkundenprozeß für den speziellen Fall der Hypothekenklage zu einem Feststellungsurteil führen. Dies würde aber selbst dann eine prozessuale Unmöglichkeit bedeuten, wenn man berücksichtigt, das der hypothekarische Anspruch laut ausdrücklicher Bestimmung des § 592 Satz 2 ZPO. einem Anspruch auf Zahlung einer bestimmten Geldsumme nur gleichgestellt ist und der Urkundenprozeß hier zur Durchsetzung eines Anspruchs benutzt wird, der ihm seiner Grundbestimmung nach wesensfremd ist. Aber eben weil eine derartige Gleichstellung des hypothekarischen Anspruchs mit dem in § 592 Satz 1 ZPO. bezeichneten Anspruch stattgefunden hat, so muß die prozessuale Behandlung des hypothekarischen Anspruchs sich auch in den sonst für den Urkundenprozeß üblichen Bahnen bewegen. Hiernach kann aber das Urteil im Urkundenprozeß niemals ein Feststellungsurteil sein.

Als Resultat der bisherigen Untersuchungen ist festzustellen, daß die Hypothekenklage weder eine Leistungsklage noch eine Feststellungsklage ist. Es bleibt daher noch zu prüfen, ob die Hypothekenklage unter die dritte Klagart, die Gestaltungsklagen, einzureihen ist.

3 Gestaltungs-, Rechtsänderungs- oder Bewirkungsklagen zielen auf Änderung eines Rechtszustandes ab. Während die Leistungs- und Festellungsklagen eine bereits außerhalb des Prozesses eingetretene Rechtsfolge geltend machen und die darauf ergehenden Urteile daher aussprechen, was ist, also deklarativ wirken, wollen die Gestaltungsklagen und Urteile eine Rechtsfolge, die bisher noch garnicht vorhanden war, erst bewirken. Die Urteile sprechen also aus, was von jetzt ab sein wird. Sie sind konstitutiv, rechtsändernd. Die Gestaltungsklage entspringt daher nicht etwa einem Anspruch des Klägers gegen den Beklagten dahingehend, daß letzterer die Rechtsänderung herbei-

führe. Dazu wäre der Beklagte vielfach, wie z. B. im Falle der Ehescheidung, garnicht imstande. Die Gestaltungsklage hat vielmehr ein gültiges Gestaltungsrecht des Klägers zur Voraussetzung, dessen Verwirklichung er nicht unmittelbar durch eigene Handlung wie z. B. bei der Kündigung bewirken kann, sondern zu dessen Durchsetzung er erst eines richterlichen Urteils als Mittels bedarf.

Die Eigenart der Gestaltungsurteile liegt daher darin, daß sie in der Regel direkt eine Änderung des bestehenden Rechtszustandes aussprechen und die Rechtsgestaltung mit dem Eintritt der Rechtskraft direkt vollziehen. Wie bei der Leistungsklage die Fällung des einen Urteils gleichzeitig zweierlei Wirkung hat, nämlich die Feststellung des geltend gemachten Anspruchs und den Erlaß des Leistungsbefehls, so enthält auch das Gestaltungsurteil sowohl die Feststellung des Rechts auf Rechtsänderung als auch gleichzeitig den Ausspruch der Rechtsgestaltung selbst. Es ist also einesteils feststellend, andernteils konstitutiv. Die durch das Urteil bewirkte Rechtsänderung hat im Gegensatz zu den Verurteilungs- und Feststellungsurteilen nicht nur Wirkung im Verhältnis des Klägers zu dem sog. Gestaltungsgegner, sondern auch für und gegen jeden Dritten. Letzteres erklärt sich besonders aus dem Umstand, daß die Gestaltungsklagen nur formell gegen den Beklagten als den von der Rechtsänderung am meisten Betroffenen gerichtet sind, während das mit der Klage geltend gemachte auf den Anordnungen der Rechtsordnung fußende materielle Rechtsänderungsrecht sich in erster Linie an den Richter wendet und von ihm die Vornahme der Rechtsänderung verlangt.

Ein Vergleich der Hypothekenklage mit der Gestaltungsklage ergibt, daß auch sie nach der hier vertretenen Ansicht ein Gestaltungsrecht zur Grundlage hat, welches durch eigene Handlung des Berechtigten nicht unmittelbar verwirklicht werden kann. Der Hypothekar ist ebenso wie ein Ehegatte, der die Scheidung zu verlangen berechtigt ist, zur Durchsetzung seines Rechts auf die Mithilfe des Staates in seiner Eigenschaft als Träger der Gerichtsgewalt angewiesen.

Zweck des hypothekarischen Befriedigungsrechts ist ebenso wie der jedes anderen im Klagewege geltend gemachten Gestaltungsrechts, die Änderung eines bestehenden Rechtszustandes

herbeizuführen, der für und gegen jeden Dritten wirkt und nicht nur eine rechtliche Regelung zwischen dem Kläger und dem beklagten Gestaltungsgegner bezweckt. Daher richtet sich die Hypothekenklage ebenfalls nur formell gegen den Grundstückseigentümer, dessen Eigentumsrecht der Hypothekengläubiger mittels seines Befriedigungsrechts zerstören will. Materiell ist auch der hypothekarische Anspruch gegen den Staat gerichtet, gegen den er auf Grund der Bestimmungen des bürgerlichen Rechts einen Anspruch auf Mithilfe bei der Verwirklichung seines Befriedigungsrechts hat.

Ein Unterschied zwischen der Hypothekenklage und der gewöhnlichen Gestaltungsklage besteht aber in bezug auf die Wirkung, welche das auf sie ergangene Urteil ausübt. Das Urteil der Hypothekenklage führt nämlich selbst die erstrebte Rechtsänderung noch nicht herbei, es bedarf immer noch einer nachfolgenden Zwangsvollstreckung, um die Rechtsänderung definitiv zu bewirken. Voraussetzung hierfür ist aber gemäß § 16 ZwVG. ein vollstreckbarer Titel. Für die Frage, ob die Hypothekenklage unter die Gestaltungsklagen einzureihen ist, muß daher vorerst untersucht werden, ob ein Gestaltungsurteil als Vollstreckungstitel im Sinne des Zivilprozeßrechts angesehen werden kann.

Bei den gewöhnlichen Gestaltungsklagen spricht das Urteil, wie bereits ausgeführt, die beantragte Rechtsänderung selbst aus. Letztere vollzieht sich mit Rechtskraft des Urteils von selbst. Derartige Gestaltungsurteile sind also einer Vollstreckung garnicht bedürftig und die Frage nach der Vollstreckbarkeit des Urteils ist hier überflüssig. Dies hat aber in erster Linie seinen Grund nicht, wie bei den Feststellungsurteilen, in der Erfüllung des mit der Klage erreichten Zwecks, sondern liegt primär an der Beschaffenheit der Rechte, die mit der Gestaltungsklage geltend gemacht werden. Wie oben bereits dargelegt, gibt es Gestaltungsrechte, zu deren Ausübung der Berechtigte gar keiner behördlichen Unterstützung bedarf, die er einfach durch eigene Handlung durchzusetzen vermag. Des weiteren gibt es Gestaltungsrechte, die nur im Klagewege realisiert werden können und mit dem einen Akt des Urteilserlasses auch ihre Erledigung finden. Darüber hinaus sind aber vom Gesetz auch noch Rechte begründet, die zu ihrer Verwirk-

lichung, wie das Gestaltungsrecht des Hypothekars, nicht nur eines, sondern zweier behördlicher Akte bedürfen.

Wird ein solches Gestaltungsrecht besonderer Art, wie wir es genannt haben, im Klagewege geltend gemacht, so muß auch die zur Durchsetzung von Gestaltungsrechten gegebene Klagart sich dieser Besonderheit anpassen und eine definitive Rechtsänderung ermöglichen. Daraus, daß die Gestaltungsklage immer nur einen unselbständigen Teil eines Gesamttatbestandes, nämlich der Ausübung des Gestaltungsrechts, bildet, folgt, daß es für die Gestaltungsklagen gar kein allgemeines Klagschema wie für die Leistungs- und Feststellungsklagen geben kann, daß vielmehr jede einzelne Gestaltungsklage auf ein bestimmtes einzelnes Gestaltungsrecht zugeschnitten sein muß[1]).

Wird also ein Gestaltungsrecht wie das des Hypothekars mit der Klage geltend gemacht, das seiner rechtlichen Eigenart nach garnicht mit dem bloßen Erlaß des Urteils durchgesetzt werden kann, so muß das Urteil so beschaffen sein, daß es der mit der Klage begonnenen Ausübung des Gestaltungsrechts nun auch zu einer endgültigen Erledigung verhilft. Es muß dem Kläger in diesem speziellen Fall einen Vollstreckungstitel liefern. Der Umstand, daß also die Gestaltungsurteile in der Regel keine vollstreckbaren Urteile sind, weil sie wegen der Eigenart der meisten mit der Gestaltungsklage geltend gemachten Rechte den Zweck, der Rechtsgestaltung schon mit ihrer Rechtskraft erreichen, darf daher m. E. entgegen der herrschenden Meinung aus dargelegten Gründen keine Veranlassung geben, generell die Behauptung aufzustellen, daß Gestaltungsurteile nie Vollstreckungstitel sein können. Ebensowenig besteht auch m. E. ein Grund, sowohl für die Hypothekenklage als auch für die Anfechtungsklage in Ehe-, Kindschafts- und Handelsrechten u. a. die Natur einer Gestaltungsklage zu leugnen und statt dessen, wie Eckstein will, den Begriff einer formalen Klage im Gegensatz zur materiellen Klage einzuführen, weil die genannten Klagen nur „das Kleid der Klage" tragen und im übrigen „Phänomene" sind, die mit den anderen „eigentlichen" Klagen keine innere Verwandt-

[1]) Vgl. Förster-Kann a.a.O., S. 611.

schaft haben“[1]). Diese Ansicht beruht auf der Verkennung der Tatsache, daß zu den sog. „eigentlichen Klagen“ überhaupt nur die Leistungs- und Feststellungsklagen gehören und daß die Gestaltungsklage in ihrer Zweckbestimmung, der Durchsetzung ganz verschieden gearteter Gestaltungsrechte zu dienen, von vornherein eine Besonderheit darstellt und sich nicht wie die beiden anderen Klagarten in ein bestimmtes Schema einzwängen läßt.

Aus den angeführten Gründen kommen wir in bewußtem Gegensatz zu den in der Literatur vertretenen Ansichten, nach denen die Hypothekenklage teils als Leistungs-, teils als Feststellungsklage angesehen wird, zu dem Schluß, daß die Hypothekenklage eine Gestaltungsklage ist.

Der gegen diese Auffassung stets erhobene Einwand, daß das auf eine Gestaltungsklage ergehende Urteil keinen vollstreckbaren Titel im Sinne des Zivilprozeßrechts abgeben könne, weil es mit seiner Rechtskraft stets die Rechtsänderung selbst vollziehen müsse, kann von uns nicht anerkannt werden. Die Tatsache, daß in den überaus häufigsten Fällen die Gestaltungsrechte mit der Rechtskraft des Urteils ihren Zweck erreichen, ist kein Kriterium für die Gestaltungsklage selbst und für deren Begriffsbestimmung daher unerheblich. Letzterwähnte Tatsache erklärt sich vielmehr aus der Beschaffenheit der mit der Gestaltungsklage geltend gemachten Gestaltungsrechte. Ebensowenig kann aber auch der Ansicht beigepflichtet werden, daß die Hypothekenklage überhaupt nicht unter die drei Klagarten des Zivilprozesses zu zählen, sondern für sie der besondere Begriff einer formalen Klage einzuführen sei. Die Notwendigkeit der Einführung dieses Begriffs entfällt, wenn man die Fähigkeit der Gestaltungsklage erkennt, sich der Verschiedenheit der einzelnen mit ihr geltend gemachten Gestaltungsrechte anzupassen.

---

[1]) a.a.O., S. 122.

F. Die praktischen Folgerungen.

§ 11. I. Wortlaut des Klagantrages und des Urteilstenors.

Nach der Feststellung, daß in dem hypothekarischen Befriedigungsrecht ein Gestaltungsrecht und in der zum Zwecke der Ausübung dieses Befriedigungsrechts erhobenen Hypothekenklage eine Gestaltungsklage zu erblicken sei, erhebt sich die weitere Frage, welche praktischen Folgerungen nun hieraus für die Abfassung sowohl des Klagantrags als auch des Urteilstenors zu ziehen sind.

Je nach der unterschiedlichen Auffassung von der Rechtsnatur der Hypothek, des Befriedigungsrechts und der Hypothekenklage hat man in der Literatur und Praxis hierzu die verschiedensten Vorschläge gemacht.

So wurde vorgeschlagen, den Klagantrag dahingehend zu fassen, daß der beklagte Eigentümer zur „Zahlung" der Hypothekensumme schlechthin oder aber „zur Zahlung bei Vermeidung der Zwangsvollstreckung"[1]) zu verurteilen sei. Gegen diese Formulierung ist von unserem Standpunkt aus einzuwenden, daß in ihr der Gedanke einer Schuld des Eigentümers hervortritt und sie aus diesem Grunde abzulehnen ist.

Nach der herrschenden Ansicht[2]) soll lediglich auf „Duldung der Zwangsvollstreckung" in das Grundstück anzutragen und auch zu verurteilen sein. Eine derartige Klage hätte Ähnlichkeit mit der Klage gegen den Ehemann, gemäß § 739 ZOP. auf Duldung der Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut der Ehefrau. Ein Unterschied zwischen diesen beiden „Duldungsklagen" besteht aber darin, daß der Ehemann zur Duldung der Zwangsvollstreckung in ein fremdes Vermögen gezwungen werden soll, an dem ihm ein Nutznießungsrecht zusteht, das durch die Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut seiner Ehefrau beeinträchtigt wird. Insofern hat also die Verurteilung zur Duldung der Beeinträchtigung seines Nutznießungsrechts einen Sinn.

---

[1]) Kipp zu Windscheid I, 1197 u. a.
[2]) Oberneck, Reichsgrundbuchrecht, II. Bd., S. 2; Männer a. a. O., § 72; Planck a. a. O., S. 600, Bem. 2a u. a.

Eine Verurteilung zur Duldung der Zwangsvollstreckung in das eigene Vermögen, wie sie bei der Hypothekenklage gegen den Grundstückseigentümer in Frage käme, ist aber eine rechtliche Unmöglichkeit. Diese Duldungspflicht gehört, wie Nissen[1]) mit Recht hervorhebt, dem öffentlichen Recht an, da sie sich mit Notwendigkeit aus der Einleitung der Zwangsvollstreckung ergibt. Besteht daher schon aus diesem Grunde keinerlei Bedürfnis, die Duldungspflicht durch Urteil besonders festzustellen, so ist sie aber insbesondere deswegen abzulehnen, weil sie keine privatrechtliche, sondern eine öffentlichrechtliche Pflicht darstellt, deren Erzwingung keineswegs nach den Vorschriften über „Duldung der Zwangsvollstreckung" (§ 890 ZPO.) geschieht[2]).

Eine nicht unbeträchtliche Anzahl von Schriftstellern vertritt die Ansicht, daß der Antrag auf Zahlung der Hypothekensumme „aus" dem Grundstück zu richten sei[3]). Hier muß zugegeben werden, daß diese Formulierung sich vor allen anderen am engsten an die Legaldefinition anschließt, wie sie in § 1113 BGB. für die Hypothek gegeben worden ist. Es wurde bereits am Eingang der Arbeit betont, daß sich das Gesetz in der Fassung des § 1113 (aus dem Grundstück) nur einer bildlichen Ausdrucksweise bedient, welche aus dem einfachen Grunde nicht wörtlich zu nehmen ist, weil eine Zahlung „aus" dem Grundstück faktisch unmöglich ist. Die Zahlung kann, da sie gemäß § 1147 BGB. durch die Zwangsvollstreckung bewirkt werden muß, weder von dem Eigentümer noch von dem Vollstreckungsbeamten „aus dem Grundstück" geleistet werden. Sie geschieht vielmehr durch das Gericht aus dem „Erlöse" der Zwangsvollstreckung, was doch keineswegs mit einer Zahlung aus dem Grundstück gleichzuachten ist. Die Verurteilung des Beklagten zur Zahlung aus dem Grundstück ist daher, obwohl sie sich auf den Gesetzestext selbst stützt, ebenfalls zu verwerfen.

Um überhaupt eine in jeder Hinsicht einwandfreie Formulierung des Klagantrags und des Urteilstenors für die Hypo-

---

[1]) a. a. O., S. 437; ebenso Eckstein a. a. O., S. 120.
[2]) Enneccerus § 139, Anm. 4.
[3]) Nußbaum a. a. O., S. 114; Fuchs a. a. O., S. 391; Hellwig, Anspr. u. Klagrecht, S. 361, Anm. 50; Lehrb. d. Zivilprozeßrechts I, 2. 204.

thekenklage finden zu können, ist nötig, die Rechtsnatur der Klage und somit den mit ihr verfolgten Zweck in erster Linie zu berücksichtigen. Wir haben im vorigen Paragraphen festgestellt, daß die Hypothekenklage eine Gestaltungsklage ist. Das auf sie ergehende Urteil soll aber nicht, wie gewöhnlich eine Rechtsänderung bewirken, sondern diese nur vorbereiten. Es soll den Vollstreckungstitel für die die Rechtsänderung vollziehende Zwangsvollstreckung bilden. Während also in der Regel bei den Gestaltungsklagen durch den einen Akt der Urteilsfällung gleichzeitig zwei Wirkungen, nämlich die Feststellung des Klaganspruchs und die Bewirkung der Rechtsänderung vollzogen werden, muß bei der Hypothekenklage die Bewirkung der Rechtsänderung der dem Urteil nachfolgenden Zwangsvollstreckung überlassen bleiben. Für das Urteil selbst bleibt lediglich die Aufgabe, das mit der Klage geltend gemachte Befriedigungsrecht festzustellen. Das Urteil muß also in seinem Wortlaut in bestimmter Weise zum Ausdruck bringen, daß der Hypothekengläubiger sich aus dem Grundstück befriedigen darf. Damit wäre auch der Zweck der Hypothekenklage, die spätere Zwangsvollstreckung einzuleiten, am deutlichsten erkennbar gemacht. Die Sachlage ist hier ähnlich wie bei einem ausländischen Urteil, das ebenfalls rechtsgestaltend ist, aber zu seiner Durchsetzbarkeit im Inland auch erst noch eines Vollstreckungsurteils (§ 722 ZPO.) bedarf, in welchem die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung ausgesprochen wird.

Für die Hypothekenklage wäre daher, was die Formulierung des Urteils anbetrifft, dem Vorschlag von Wolff[1]) zu folgen, nach welchem das Urteil auszusprechen hat, daß „der Kläger sich wegen der Hypothekensumme aus dem Grundstück befriedigen darf". Der Antrag des Hypothekengläubigers hätte demgemäß ungefähr folgendermaßen zu lauten: Der Kläger beantragt die Zwangsvollstreckung in das Grundstück wegen der Hypothekensumme betreiben zu dürfen.

§ 12. II. Die Kostenfrage.

§ 1118 BGB. bestimmt generell: „Kraft der Hypothek haftet das Grundstück auch für ... die Kosten ... der die Be-

[1]) a.a.O., § 139, I.

friedigung aus dem Grundstück bezweckenden Rechtsverfolgung". Hierzu gehören alle Kosten, die dem Gläubiger durch die Geltendmachung seines Befriedigungsrechts entstehen, vor allem also die Kosten der reinen, nicht der persönlichen Hypothekenklage.

Ist insoweit dank der positiven Bestimmungen des Gesetzes die Rechtslage klar, so entsteht als Folge der Auffassung, daß die Hypothek keine Leistungsklage sei, die in der Literatur sehr umstrittene Frage, ob denn auch auf die Hypothekenklage der § 93 ZPO. Anwendung findet, nach welchem „dem Kläger die Prozeßkosten zur Last fallen", wenn der Beklagte, der „zur Erhebung der Klage" „keine Veranlassung gegeben hat", „den Anspruch sofort anerkennt".

Es ist hier nicht der Ort, auf diese in der Literatur sehr umfangreich behandelte Streitfrage ausführlich einzugehen, vielmehr soll sie hier nur aus Gründen der Vollständigkeit gestreift und die eigene Meinung dazu geäußert werden.

Bei unserer Ansicht, daß der Eigentümer des belasteten Grundstücks zu keiner Leistung irgendwelcher Art verpflichtet sei, entsteht die Frage, ob überhaupt Fälle denkbar sind, in denen der Eigentümer die Veranlassung zur Erhebung der Hypothekenklage geben könne. Dies ist m. E. sogar für den Fall zu verneinen, in dem der Eigentümer der Aufforderung des Hypothekars zur Beseitigung einer Verschlechterung des Grundstücks gemäß § 1133 BGB. nicht nachkommt. Denn auch hier besteht, wie oben ausgeführt, für den Eigentümer keine Pflicht, diese Beseitigung vorzunehmen.

Die Veranlassung einer Erhebung der Hypothekenklage ist vielmehr stets durch das Gesetz selbst begründet, welches den Hypothekar zwingt, den Klageweg zu beschreiten und ihm zur Ausübung seines Befriedigungsrechts keine andere Möglichkeit zur Verfügung stellt. Hier nützt infolgedessen auch nichts, wenn der Eigentümer nach Klagerhebung den Anspruch des Klägers anerkennt und somit die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung selbst ausspricht. Die Veranlassung zur Erhebung der Klage fällt damit nicht weg, denn der Kläger bedarf, unabhängig von einem evtl. gerichtlichen oder außergerichtlichen Anerkenntnis des Grundstückseigentümers stets eines Vollstreckungstitels,

dessen Erlangung die Hypothekenklage bezweckt. Die Hypothekenklage ist also stets notwendig und die Kosten können m. E. selbst bei Anerkenntnis des Beklagten (mit einer einzigen gleich zu erwähnenden Ausnahme) nie dem Kläger auferlegt werden[1]). Die Bestimmung des § 93 ZPO. kann daher auf die Hypothekenklage in der Regel keine Anwendung finden.

Anders liegt die Sache nur, wenn der Grundstückseigentümer bereits vor Erhebung der Hypothekenklage sich dem Gläubiger gegenüber bereit erklärt hat, ihm eine vollstreckbare Urkunde auszustellen, der Gläubiger aber trotzdem die Hypothekenklage anstrengt. In diesem Falle kann dem Gläubiger m. E., wenn der Beklagte hier den Anspruch sofort anerkennt, nicht der § 1118 BGB. zur Seite stehen, da die Kosten der Klage hier zur Verfolgung seines Befriedigungsrechts überhaupt unnötig waren. Der Hypothekengläubiger hatte unter den erwähnten Umständen keine Veranlassung zur Erhebung der Klage. Daher wäre in diesem Ausnahmefall aus Gründen der Billigkeit die Anwendbarkeit des § 93 ZPO. zu bejahen.

---

[1]) ebenso Biermann, S. 348; Fuchs a.a.O., S. 391; Hellwig, Anspruch und Klagrecht, S. 360; u. a.

Lebenslauf

Am 15. September 1905 bin ich als Sohn des Kaufmanns Gustav Rannow und seiner Ehefrau Margarethe, geb. Matthes, in Berlin geboren. Von Ostern 1912 ab besuchte ich das Sophien-Realgymnasium in Berlin und legte dort Ostern 1924 meine Reifeprüfung ab.

Im Anschluß daran erlernte ich das Bankfach und studierte von Ostern 1926 ab in Berlin, Göttingen, Tübingen und Marburg Rechtswissenschaft

Am 21. Dezember 1929 bestand ich vor dem Prüfungsamt des Oberlandesgerichts in Kassel die erste juristische Staatsprüfung.

Das mündliche Doktorexamen bestand ich am 3. Juni 1930 in Marburg.